UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 16 juin 1966

PAR

JEAN-PIERRE CHAUDET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. MOREAU, Professeur

Suffragants { M. BENOIT, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544724_0043

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 16 juin 1966

PAR

JEAN-PIERRE CHAUDET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. MOREAU, Professeur

Suffragants { M. BENOIT, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (Ve)
PARIS

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

« Les Codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler on ne les fait pas », remarquait Portalis. Le législateur n'ayant doté la procédure administrative d'aucun Code, le temps a aidé le Conseil d'Etat à en forger un et a donné à la remarque de Portalis sa pleine signification. Mais, fait singulier qu'on ne retrouve pas ailleurs, ce « Code de la procédure administrative » est composé de règles non écrites.

Chaque année, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, le Conseil d'Etat a révélé l'existence, soit d'un « *principe général du droit public applicable à l'ensemble des juridictions administratives* », soit d'un « principe général de la procédure » administrative contentieuse. Par cette politique jurisprudentielle, les règles non écrites dominent désormais la procédure administrative contentieuse. Elles l'ont unifiée et complètement remodelée en s'inspirant tant du Code de Procédure civile que des textes portant organisation du Conseil d'Etat et des anciens Conseils de Préfecture.

Par les principes généraux de procédure, le Conseil d'Etat a façonné une juridiction administrative à sa propre image et, faisant sienne la pensée de Pascal pour qui « il est difficile de proposer une chose « au jugement d'un autre sans corrompre son jugement par la manière « de le lui proposer » (1), *le juge administratif suprême fit appel à des règles qui paraissaient s'imposer d'elles-mêmes à toutes les juridictions, mais qu'en réalité il créait* (2). Cette création est d'autant plus étonnante, et c'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat tente de minimiser son rôle en la matière, que les principes généraux de procédure ont une valeur éminente en droit positif.

Sans contraindre réellement le législateur, comme il est fréquemment prétendu, les principes généraux lient le pouvoir réglementaire et s'appliquent même si un texte exprès ne prévoit pas l'existence de

(1) *Pensées*, n° 105, éd. Brunschwig, p. 381.

(2) Il a pourtant, à l'instar du juge suisse, agi « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (article 1, al. 2 du Code civil suisse).

l'institution qu'ils organisent. Ces règles procédurales non écrites ont-elles abouti à un résultat qui heurte toutes les conceptions légalistes dont est pétri le droit français ? (3). Certes non, mais il est vrai que les principes généraux « empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure » (4). Ce mystère n'a pourtant plus grande raison d'être depuis les théories remarquables émises par M. Rivero (5) et développées avec art par M. le doyen Jeanneau (6).

Les principes généraux de procédure sont, à la fois, très anciens puisqu'on décèle leur existence dès le début du XIX^e^ siècle et assez nouveaux, dans la mesure où ils n'ont été expressément formulés qu'à la fin de la seconde guerre mondiale. Leur apparition officielle a donc été précédée d'une longue gestation au cours de laquelle ils ont changé de nature. A l'origine le mot « principe » était surtout employé par métaphore et reflétait l'ambition du juge d'instaurer un ordre juridique idéal, inspiré du droit naturel. Débarrassés de cette imprégnation originaire les principes généraux de procédure sont devenus des normes issues directement du droit écrit, compatibles avec la conception légaliste de la règle juridique. Ainsi, le juge administratif a-t-il pu transformer certaines règles en concepts juridiques abstraits en les élevant au rang de principe général de procédure. De cette façon, se manifeste l'idée que sans textes et sans volonté créatrice, il n'y aurait pas de principes généraux.

Mais peut-être n'est-ce pas là l'intérêt le plus évident présenté par les principes généraux de procédure. Primordial est certainement le rôle joué par les règles non écrites dans l'évolution de la procédure administrative contentieuse. Sous leur influence, celle-ci s'est dépouillée progressivement des caractères qu'elle tirait de son appartenance au droit administratif. *La procédure administrative est désormais un droit d'égalité qui contraste avec le caractère inégalitaire d'autres techniques administratives.* Le procès administratif oppose deux parties dont les droits et obligations sont identiques : l'Administration (7)

(3) Parmi les pays de droit écrit, la France n'a pas le monopole des principes généraux de procédure. Voir W. J. GANSHOF Van der MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *in* Mélanges en l'honneur de Jean DABIN, éd. Sirey, 1963, II, pp. 575 et s. L'auteur cite plusieurs arrêts de la Cour de cassation de *Belgique* évoquant l'existence de « principes généraux du droit administratif » (Cass. 1952.I.608 ; Pasic., 1952.I.608) ; voir également P. MAROY, « L'application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative » (belge), éd. Sc. adm., Bruxelles, 1961.

(4) JAPIOT, « Des nullités en matière d'actes juridiques », Thèse, Dijon 1909, p. 302.

(5) J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », D. 1951, Ch. p. 21.

(6) B. JEANNEAU, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Th. Lib. Sirey, 1954.

(7) Il faut noter que l'*Administration* n'est pas toujours partie au procès administratif. Les juridictions professionnelles qui sont des juridictions administratives n'opposent pas une personne morale de droit public à un particulier ou à une autre personne morale de droit public, mais le membre d'une profession à l'ordre professionnel dont il dépend. Voir *infra*, Section II, pp. 20 et s.

et le particulier. Dans le procès, l'Administration, dépouillée de ses prérogatives de puissance publique, n'est plus qu'un usager, au même titre que le simple particulier, d'un service public d'un type spécial, la justice administrative. Celle-ci ne doit pas être, comme on l'a pensé trop longtemps, « l'Administration qui se juge » mais un service public indépendant chargé de trancher le doute juridictionnel qui oppose le particulier à l'autorité administrative.

Que sont ces principes généraux de la procédure administrative qui ont changé de nature en un siècle et bouleversé les caractères traditionnels du procès administratif ? Ils ne se résument pas à une notion syncrétique et sont encore moins un agrégat souple d'institutions variées dont certaines études donnent l'image. La nature des règles non écrites étant très contestée, il sera néanmoins nécessaire de présenter, dès maintenant, quelques remarques préliminaires sur la notion de principe général de procédure; elles seront suivies d'observations sur l'originalité de la procédure contentieuse et sur l'organisation des juridictions administratives. Le développement historique des principes généraux qui rend compte des transformations enregistrées par ces normes complètera l'introduction de cet ouvrage.

Section I

REMARQUES SUR LA NOTION DE PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE

1. — Dans une première approche, le principe général de procédure peut être défini comme une règle procédurale de valeur législative élaborée par le juge administratif. La notion et l'expression « principe général du droit » et celles de « principe général de procédure » sont apparues progressivement dans le vocabulaire juridique. Que recouvre cette dernière expression ? Toute réponse donnée risque d'être hâtive pour deux raisons :

Le principe général de procédure (tout comme le principe général du droit) caractérise des institutions juridiques très variées.

De nombreuses institutions qui ont toutes les qualités reconnues à ces règles juridiques n'ont jamais obtenu la qualification qui s'y rattache normalement. C'est pour cette double raison qu'il paraît nécessaire, dès le début de cet ouvrage, de rechercher les éléments d'une définition du principe général de procédure et de le comparer à des notions voisines.

§ 1. — Eléments d'une définition du principe général de procédure contentieuse.

2. — Avant de rechercher une définition juridique de l'expression « Principe général de procédure » il est utile de s'interroger sur le sens courant donné aux termes qui la composent.

Parmi les nombreuses significations qu'il reconnaît au mot *principe*, Littré dit de lui qu'il constitue « les premiers préceptes d'un art, d'une science », c'est-à-dire, les concepts les plus élémentaires et les plus généraux ou, encore, la cause première d'une notion ou d'une institution. L'adjectif « *général* » qui est adjoint au substantif précédent renforce la plénitude du terme puisque, est général, tout ce qui est commun à un genre.

Interprétés et définis à la lumière du sens commun, les *principes généraux de la procédure seraient, ou la cause première de l'ensemble de la procédure, ou les concepts les plus élémentaires communs à la procédure administrative contentieuse.*

Mais ce serait une erreur lourde de vouloir calquer la définition juridique des principes généraux de procédure sur la définition usuelle des termes qui composent l'expression : Ils ne sont pas plus la cause première des institutions procédurales, que les concepts les plus élémentaires de la procédure, mais des normes juridiques précises. S'ils étaient la cause première des règles ou des institutions procédurales, les principes généraux de procédure auraient de fortes chances de constituer des règles ou un système philosophique. Concepts élémentaires de la procédure, ils ne pourraient prétendre qu'à la qualité de recette de bonne justice (8). Ces deux acceptions se trouvent fort éloignées de celle à laquelle conduit une analyse juridique de la notion.

Pourquoi, dans ce cas, avoir insisté sur la différence entre les langages courant et juridique puisque, en toute hypothèse, l'un et l'autre ne répondent pas à des préoccupations communes ? La démarche utilisée l'a été à une double fin : montrer d'abord que la notion et l'expression de principe général de procédure ne dérivent d'aucune manière de concepts ou d'expressions usuelles; mettre en relief, ensuite, l'erreur commise par certains qui se sont laissés tenter par une interprétation qui reposait, dès le point de départ, sur des bases non juridiques. Il en est résulté une approche inexacte et une déformation fâcheuse des règles non écrites de procédure. C'est ainsi que l'on a fait d'elles des règles d'« éthique sociale », de « bonne justice » (9), voire d'équité.

(8) Les juristes font parfois appel au terme de *principe* dans un sens différent lorsqu'ils parlent du « principe de la séparation des pouvoirs », des « principes généraux de la responsabilité », « du principe de l'immutabilité des contrats », etc. Ils entendent par là les règles et préceptes fondamentaux qui caractérisent ou régissent une matière ou une institution (l'organisation juridictionnelle, les contrats, la responsabilité).

(9) Voir conclusions Jacomet sur C.E., 4 mars 1955, dame Veuve Sticotti, R.D.P. 1955, pp. 733 et s. B. JEANNEAU, *op. cit.*, pp. 69-91 et pp. 249 et s. L'auteur reprend à son compte une thèse traditionnellement soutenue, avec quelques variantes, depuis LAFERRIÈRE, voir *infra* pp. 29 et s., et pp. 55 et 8 ; voir également M. P. MAROY, « Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », belge, *in* Rec. des journées administratives de l'Institut belge des Sciences administratives, juin 1951, pp. 83 et s.

3. — Même en faisant abstraction de la signification usuelle des deux premiers termes qui composent l'expression, la définition juridique des principes généraux de procédure présente, néanmoins, certaines difficultés car ils sont pénétrés dans le droit positif sans que le juge n'ait éclairé leur nature (10).

La notion de principe général de procédure fait apparaître trois points incontestés et deux éléments d'incertitude qui rendent délicate toute définition :

— Il est certain que les principes généraux de procédure sont des règles non écrites élaborées et créées par le juge. Elles ne sont pas totalement extérieures, ni étrangères à sa volonté, comme il le laisse entendre souvent.

— Les principes généraux de procédure sont des règles créatrices de droit.

— Ils s'imposent à un certain nombre d'autorités et sont applicables par toutes les juridictions administratives dès lors que leur organisation le permet.

L'accord est donc réalisé pour reconnaître que les principes généraux de procédure sont des règles juridiques obligatoires créées par le juge administratif. Mais les positions deviennent divergentes quant à la valeur juridique des principes généraux de procédure, et leur application en droit positif.

1) De la force « quasi constitutionnelle » à l'autorité « infra-décrétale » toutes les valeurs juridiques ont été reconnues simultanément aux principes généraux de procédure. La plupart des auteurs s'entendent, cependant, pour accorder à ces règles une valeur juridique élevée afin de conférer une certaine stabilité à notre ordre juridique. Il apparaîtra dans les développements ultérieurs que la jurisprudence laisse à penser notamment depuis les arrêts d'Aillières et Lamotte que les *principes généraux de procédure sont comparables à une loi générale et claire* (11).

2) L'application des principes de procédure en droit positif est tout aussi contestée. Après que le Conseil d'Etat eût estimé que les principes généraux de procédure (et du droit) étaient applicables « en dehors de tout texte », une partie de la doctrine a inféré de la pensée du juge que les règles non écrites ne reposaient sur aucun texte, qu'elles comblaient les lacunes de la procédure et qu'elles émanaient

(10) Au surplus, les principes généraux de procédure coexistent avec une autre source non écrite de la procédure, les « règles générales de procédure ». Les unes et les autres s'appliquent à la procédure administrative contentieuse dans des conditions assez comparables et seront envisagées plus précisément par la suite. Voir *infra*, pp. 169 et s.

(11) C.E., 7 février 1947, d'Aillières, Rec. p. 50, concl. Odent, note Waline, R.D.P., 1947, pp. 68 et s., note Morange, J.C.P. 1947.II.3508. C.E., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte, Rec. p. 110, conclusions Delvolvé, note Waline, R.D.P., 1951, pp. 478 et s.

d'une volonté discrétionnaire du juge. Les dangers présentés par cette conception ont été perçus et parfois dénoncés : le Conseil d'Etat allait-il devenir « un juge qui gouverne » (12) et sa jurisprudence une « source abusive du droit » ? Une étude plus attentive de l'œuvre du Conseil d'Etat depuis cinquante ans décèle que les craintes émises reposent sur une interprétation erronée de la jurisprudence. S'il est parfaitement exact que les principes généraux de procédure s'appliquent en dehors de tout texte *exprès*, cela ne signifie pas qu'ils sont créés puis appliqués en dehors de toute règle juridique préexistante.

4. — Les dizaines de principes généraux de procédure recensés et étudiés dans cet ouvrage permettent d'affirmer qu'*un principe général de procédure n'est créé puis appliqué que sur la base d'une règle écrite* (13). En d'autres termes, cela signifie que le principe de procédure permet l'application de textes qui lui préexistent. Le principe du recours pour excès de pouvoir n'a pu être dégagé par les arrêts Murat (14) puis Lamotte (15) qu'au vu de la loi des 7-14 octobre 1790 et de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. En conséquence, les principes généraux de procédure ne sont pas créés et appliqués en dehors de tout texte, mais simplement en l'absence d'un texte exprès.

Ces remarques préliminaires conduisent à la définition provisoire suivante : *le principe général de procédure administrative contentieuse permet l'application de textes généraux ou particuliers; de valeur législative, il s'impose à l'ensemble des juridictions administratives* (16).

Cette définition appelle une double précision quant à son élaboration et quant à sa portée. En premier lieu, elle est le résultat d'une analyse de chaque élément commun à tous les principes généraux de procédure formulés expressément par le Conseil d'Etat. En second lieu, la qualité de principe général de procédure peut être conférée à toutes les règles ayant les caractéristiques énumérées dans la définition (17), même si le juge administratif ne leur a pas clairement conféré ce titre.

(12) J. Rivero, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? » D. 1951, chr. p. 21.

(13) Il faut d'ores et déjà assortir cette affirmation d'une restriction. Certains principes généraux de procédure permettent l'application d'un principe général du droit. C'est le cas du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir. Voir *infra*.

(14) C.E., 24 mai 1929, Rec. p. 373.

(15) C.E., 17 février 1950, concl. Delvolvé, note Waline, R.D.P., 1950, p. 478. Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 18-108.

(16) Voir la définition plus complète des principes généraux de procédure, *infra* I, p. 196.

(17) C'est le cas des principes généraux de l'opposition, de la tierce-opposition ou du principe selon lequel le juge doit épuiser son pouvoir juridictionnel. Chacune de ces précisions emportera une conséquence quant au plan et quant à la matière de cet ouvrage. La définition définitive ne sera donnée qu'après l'étude de chacun des caractères du principe de procédure. Toutes les règles répondant à la définition donnée, qu'elles soient qualifiées ou non de principe général de procédure par le Conseil d'Etat, seront étudiées dans cet ouvrage.

§ 2. — L'originalité du principe général de procédure par rapport aux notions voisines.

5. — La procédure administrative ne possède pas le monopole des règles non écrites. Le droit judiciaire privé et la procédure pénale connaissent depuis fort longtemps des règles comparables à celles de la procédure administrative. Le principe d'après lequel toute décision juridictionnelle rendue en dernier ressort peut faire l'objet d'un recours en cassation, a été formulé tant en procédure administrative que pénale. Mais, en procédure civile et pénale, la notion de principe général de procédure n'a pas toujours la rigueur qui caractérise les règles administratives non écrites. Le principe général n'y correspond souvent qu'à un brocard ou à une formule qui, s'ils reflètent parfois exactement le droit positif, n'en sont pas toujours l'expression fidèle (18).

6. — Plus étroits sont les rapports existant entre les règles non écrites des procédures administratives contentieuses et non contentieuses. Bon nombre des principes généraux n'ont d'ailleurs été accueillis par les juridictions administratives qu'après s'être imposés en matière disciplinaire. C'est dans ce domaine, par exemple, qu'a été formulé pour la première fois le principe dû au respect des droits de la défense (19).

Bien qu'une certaine filiation puisse être décelée entre les principes généraux de procédure contentieuse et de procédure non contentieuse et que des comparaisons vaillent d'être tentées entre les uns et les autres, ils conservent tous leur originalité. Celle-ci est due au fait qu'ils n'ont pas les mêmes sources et qu'ils ne reposent pas sur les mêmes textes (20).

7. — Un parallèle doit-il être établi entre les principes généraux de procédure et les principes généraux du droit public ? L'entreprise

(18) Peut-être un jour le vœu du Procureur général à la Cour de cassation belge, Hayoit de Méricourt sera-t-il exaucé. Pour lui, le principe général de procédure est une règle « dont le respect s'impose... *à toutes les juridictions contentieuses* » (conclus. sur Cass., 29 avril 1959, Pasic. 1960.I.117). L'organisation juridictionnelle belge autorise une telle affirmation qu'interdit notamment la dualité de juridiction française.

(19) Voir conclusions de M. Odent sur C.E., 26 octobre 1945, Aramu, Mattet, Belloir, Et. et Doc. 1947, notamment p. 52, note Morange, D. 1946.J.158. Voir *infra*, II[e] partie, p. 373.

(20) L'exemple de la communication des pièces ou des éléments du dossier montre la diversité des sources de principes généraux comparables : Devant l'administration active cette règle très ancienne repose sur l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 et a été appliquée sans interruption depuis cette époque (C.E., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec., p. 133) ; devant les juridictions, la même obligation tire son origine de textes particuliers ou généraux, étendus à l'ensemble des organismes juridictionnels (C.E., 20 juin 1913, Téry, concl. Corneille, Rec. pp. 737 et s.).

peut paraître sans objet, car les deux catégories de principes n'ont jamais été clairement dissociées jusqu'ici; seul le domaine d'application réciproque de chaque principe général permettait de distinguer les institutions procédurales des règles juridiques de fond (21). Ne devrait-on même pas penser que les principes généraux de procédure ne sont qu'un aspect particulier des principes de fond ? En l'état actuel du droit positif, toute réponse risque d'être hâtive. Les principes généraux de procédure et ceux du droit public sont élaborés de la même façon par le juge, mais ils acquièrent progressivement les uns et les autres une certaine autonomie. Très proches des textes dont ils permettent l'application, les principes procéduraux sont moins sensibles à l'évolution juridique et sociale que les autres principes. Les principes généraux de procédure sont également caractérisés par une efficacité juridique, une permanence et une précision auxquelles ne peuvent plus prétendre les autres principes généraux.

Ceux-ci risquent de devenir des règles purement indicatives ou interprétatives alors que ceux-là sont, avant tout, des règles impératives.

Le principe général est donc, en tant que règle non écrite, un phénomène commun à toutes les branches du droit, mais il constitue également une notion particulière à chacune d'entre elles.

Section II

REMARQUES SUR LA PROCEDURE CONTENTIEUSE ET LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

8. — Les principes de procédure ont une fonction limitée aux rapports du justiciable avec le service public de la justice administrative. Parce que les principes s'intègrent dans la procédure et se confondent avec elle, il importe de donner une définition préalable de la procédure et de voir ensuite comment et pourquoi ils doivent être appliqués par toutes les juridictions administratives, ce qui revient à envisager successivement :

— La définition de la procédure administrative contentieuse (§ 1).

— La transformation des caractères de la procédure administrative sous l'influence des principes généraux (§ 2).

— Remarques sur les juridictions administratives (§ 3).

(21) M. B. Jeanneau (*in* « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », L.G.D.J., 1954) a intitulé la Sous-Section de son ouvrage qu'il consacre aux règles non écrites de procédure « Les principes généraux du droit se rattachant au fonctionnement des juridictions administratives », *op. cit.*, pp. 68-90.

§ 1. — Définition de la procédure administrative contentieuse (22).

9. — La procédure est un des modes les plus originaux de la réalisation du droit auquel il est recouru lorsque survient une difficulté entre la règle de droit et son application. L'ampleur des interventions de l'Administration et les heurts que suscitent ces interventions ont fait naître, en même temps qu'un droit administratif, une procédure administrative contentieuse, dominés l'un et l'autre par des règles non écrites, des principes généraux.

Envisagé dans une première approche, l'objet de toute procédure contentieuse est d'enlever aux particuliers ou à la puissance publique la possibilité de se faire justice eux-mêmes en leur imposant l'obligation et, le cas échéant, en leur garantissant le droit, de s'en remettre aux tribunaux. Dès lors que cet objet lui est reconnu, la procédure contentieuse n'est pas seulement un ensemble de règles de conduite du procès qui seules étaient envisagées dans les conceptions procédurales anciennes (23), mais également une servante des règles de droit. L'identité entre la procédure et le procès est ainsi évitée.

Le terme de « procédure » ne répond plus à cette double fonction. Les processualistes lui ont préféré les vocables de « droit processuel » (24) ou « de droit judiciaire » (25). Le mot procédure peut,

(22) La définition donnée dans ce paragraphe au terme de « procédure » ne s'applique qu'à la procédure *contentieuse*, à l'exclusion de la procédure gracieuse ou non contentieuse dont l'importance est également grande en droit administratif. Cette remarque doit être faite d'ores et déjà pour deux raisons : le concept de procédure n'a pas le même sens dans les deux cas et des principes généraux s'appliquent aux deux types de procédure. Il faut cependant remarquer qu'ils sont assez proches les uns des autres (voir, par exemple, les droits de la défense, II[e] partie, notamment pp. 370 et s.) et qu'ils sont tous créés par le Conseil d'Etat. Les principes généraux conservent néanmoins leur originalité dans les deux procédures.

(23) Dans la conception ancienne, la procédure est la « forme dans laquelle on doit intenter des demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter » (POTHIER).

Certains auteurs modernes adhèrent encore à cette notion étroite : dans leur « Manuel de Contentieux Administratif », MM. AUBY et DRAGO analysent sous la rubrique « Procédure contentieuse administrative » les seules règles relatives à l'instance (T. 2, pp. 140-344) ; voir également WALINE, « Droit administratif », n[os] 328 et s., et M. MEJEAN dans « La procédure devant le Conseil de Préfecture », Thèse, éd. Dall., 1949. Le législateur a également entendu la procédure dans ce sens étroit. L'ordonnance du 31 juillet 1945 portant organisation du Conseil d'Etat comprend un chapitre II qui a pour titre « Procédure ». Les règles décrites dans ce chapitre sont relatives à la seule conduite du procès : les six premières sections sont relatives aux requêtes (présentation, dépôt, délai de présentation, etc.) ; les incidents relatifs à la preuve (Section VII), les différentes voies de recours (Section X, Section XI), etc., sont ensuite envisagés.

(24) Morel a été, semble-t-il, le premier processualiste à introduire le terme de « droit processuel » dans notre langue. Voir le jugement porté par VIZIOZ, *in* « Etudes de Procédure », Bordeaux, éd. Bière, 1959, pp. 4 et 12 et s.

(25) MM. SOLUS et PERROT ont donné pour titre à leur manuel : « Droit judiciaire privé », éd. Sirey, 1961.

néanmoins, être conservé en matière administrative à condition qu'il soit tenu compte des apports que recouvrent les expressions précédentes, employées par les processualistes (26). *La « procédure »* est alors entendue dans une acception large qui *étudie aussi bien des règles juridiques de forme que des règles de fond* (règles substantielles ou matérielles) (27).

Au delà de ce débat formel, plusieurs thèses s'affrontent quant à la nature et au contenu de la procédure contentieuse tant en matière civile qu'administrative. C'est pourquoi il est nécessaire d'analyser les éléments constitutifs de la procédure et de montrer les originalités de la procédure administrative.

A. — Les éléments constitutifs de la procédure contentieuse.

10. — Pour MM. Solus et Perrot (28), le droit judiciaire privé pose trois problèmes qui permettent de fixer l'étendue de la notion :

— Qui est jugé ?

— Quels sont les pouvoirs du juge ?

— Comment est rendue la décision du juge ?

La procédure revient alors à analyser l'organisation juridictionnelle, la compétence et la conduite du procès. Par rapport aux conceptions anciennes (29) l'objet de la procédure est élargi dans le temps et l'espace et n'est plus limité à la seule étude du procès (30).

La contestation est au cœur même de toute définition de la procédure car l'imperfection de la règle juridique, doublée de l'imperfec-

(26) On pourrait songer à employer l'expression de « droit du procès administratif ». Elle serait une transposition de l'expression proposée, avec réserves, par MM. Cornu et Foyer (*op. cit.*, p. 13) « droit du procès civil », traduction donnée au terme de Zivilprozessrecht, adoptée par les processualistes allemands. Mais la formule considérée n'est-elle pas aussi étroite et étriquée que les termes rejetés par certains ?

(27) Cela vaut notamment pour le droit à l'action, et de façon plus générale pour le *jus ad litem* (voir pages suivantes). C'est ainsi que le principe du recours pour excès de pouvoir (*infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.) est avant tout une règle de fond.

(28) Solus et Perrot, « Droit judiciaire privé », Sirey, 1961, T. I, pp. 20 et s.

(29) Cf. note 1, p. 16.

(30) On pourrait reprocher à cette théorie de ne toucher qu'à l'aspect extérieur et formel de la soumission du litige au juge et de la solution qu'il en donne.

Pour répondre à cette critique, il est raisonnable d'avancer que la *procédure se confond avec le processus d'individualisation de la règle de droit que représente l'acte juridictionnel.* De règle formelle, la procédure devient ainsi une véritable règle de fond, qui se réalise pleinement grâce à une organisation juridictionnelle appropriée. Le danger de cette conception est l'inverse de celui dénoncé dans la thèse précédente. La conduite du procès (la procédure, dans le sens ancien du terme) est étouffée par la seule fonction juridictionnelle des organes qui rendent la décision (Kelsen, *op. cit.*, pp. 318-324). Il faut convenir que les griefs portés aux deux théories précédentes ne sont relatifs qu'à l'importance respective de chacun des éléments de la procédure. Elles peuvent cependant servir à une approche effective de la procédure.

tion humaine, rend difficile l'application et le respect, *de plano*, de la règle de droit. Le juge intervient au moment où un litige s'est élevé ou, si l'on préfère, au moment où un doute règne sur l'application de la règle de droit. Comment le juge peut-il résoudre le litige ou lever le doute ? Par l'existence de règles procédurales mises à la disposition des justiciables. Elles ont été classées, selon un ordre logique, par MM. Cornu et Foyer : Il s'agit du *jus litis* et du droit en prévision du procès ou *jus ad litem* (31).

1) Le *jus litis* correspond aux conceptions traditionnelles, de la procédure. Il est dominé par les *règles qui gouvernent le déroulement du procès*. Celui-ci est caractérisé par une suite d'actes juridiques accomplis par les parties ou le juge. Tous ces actes sont ordonnés à un but unique qui est la solution du litige. Le droit du procès sera celui « qui a pour objet de régler la validité de ces actes, leur ordre d'accomplissement et leurs effets » (32). Vision réelle et systématique du procès, cette définition serait une vue exsangue de la procédure s'il n'était pas tenu compte des infrastructures de l'acte processuel, c'est-à-dire du « droit en prévision du procès ».

2) Un certain nombre de règles préexistent au procès et constituent le *jus ad litem*. La fonction juridictionnelle du juge (quel que soit le contenu qu'on lui accorde) n'est compréhensible que si tous les phénomènes se rapportant au procès sont étudiés en même temps que le procès. Le procès n'est, en effet, que le point d'aboutissement de réalités et d'institutions qui lui sont antérieures. La demande faite au juge d'exercer sa fonction présuppose un droit du particulier d'adresser cette demande. C'est l'action ou le droit d'agir qui présuppose à son tour l'existence d'une Justice, d'une juridiction organisée avant la naissance du procès, et un droit du juge d'exercer effectivement cette fonction; tel est l'objet du *jus ad litem*. La procédure doit en conséquence inclure l'étude du *droit à l'action et celle de la juridiction*, sans lesquels l'instance ne saurait exister.

11. — Le droit procédural embrasse donc « toute cette zone acci- « dentée qui va de la naissance des litiges à la paix judiciaire » et il recouvre « l'ensemble des règles posées en prévision des procès et « pour en régir le déroulement » (33). A la lumière du *jus litis* et du droit en prévision du procès, la procédure peut être définie comme étant *la recherche par la voie juridictionnelle de la sanction d'un droit ou du respect du Droit* (34). La procédure comprend ainsi trois

(31) Cornu et Foyer, « Procédure civile », Thémis, 1958, pp. 4 et 5.

(32) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 4.

(33) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 5. C'est en partant de cette définition que le principe général du recours administratif préalable et la règle de la décision préalable seront considérés comme une règle procédurale. Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 212 et s.

(34) En prétendant que la voie juridictionnelle a pour fin le respect *d'un droit*, nous n'entendons pas évoquer les « droits subjectifs » dont jouirait un particulier. Le droit à l'action et à l'instance ne sauraient, tant en procédure civile qu'adminis-

éléments apparemment distincts qui pourront successivement être envisagés dans leurs rapports avec les principes généraux : *l'action, l'instance* et la *juridiction.*

Mais il convient, dès maintenant, de marquer l'originalité que la procédure administrative contentieuse doit à ses sources juridiques particulières.

B. — Remarques sur les sources de la procédure administrative contentieuse.

12. — Le droit procédural administratif puise à des sources multiples, écrites et non écrites, tout comme le droit administratif général, mais il le fait suivant une distribution très particulière. Si la procédure administrative contentieuse ignore la Constitution, elle émane du pouvoir législatif et réglementaire. Si elle n'a pas été modelée profondément par le « style du palais », elle doit beaucoup, en revanche, à la jurisprudence et, dans une mesure moindre, à la doctrine.

L'originalité de la procédure administrative provient de ce que les sources écrites sont rares et fragmentaires et n'ont jamais fait l'objet d'une codification. La codification, la procédure la doit... aux sources non écrites, au premier rang desquelles il faut placer les principes généraux.

13. — *Les sources écrites de la procédure administrative :* Les sources écrites de la procédure ne sont pas, en la matière, un moyen d'unification de cette règle juridique, mais un élément de diversification, pour ne pas dire de contradiction.

La loi fut pendant longtemps la source écrite principale de la procédure administrative, mais la Constitution du 4 octobre 1958 en a fait une source exceptionnelle.

Aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, la loi fixe les règles concernant : ... « la création de nouveaux ordres de juridiction ». Pour le reste, la procédure administrative relève du pouvoir réglementaire de l'article 37. Le Conseil constitutionnel (35) et les Cours suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire durent déterminer avec plus de rigueur le domaine respectif de la loi et du règlement.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, plus libérale que celle du Conseil constitutionnel, a même abouti à la déformation de l'arti-

trative, constituer des droits subjectifs. Le procès n'est pas un droit juridiquement protégé par des règles juridiques, mais il représente une protection générale.

(35) Le Conseil constitutionnel a envisagé la question à l'occasion de la création, par voie réglementaire, de nouveaux tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale. Il a décidé que si la « détermination du nombre, du siège et du « ressort de chacune des juridictions » est de compétence réglementaire, en revanche, les « tribunaux d'instance à compétence exclusive constituent un ordre de juridiction et ressortissent du domaine de la loi » (Décision 61.14-4 du 18 juillet 1961, *in* Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1961, p. 38).

cle 34 dans l'arrêt Conseil National de l'Ordre des Médecins (36). Le décret attaqué avait modifié à la fois « la compétence et la compo- « sition (du Conseil National) et transféré certaines attributions à « des formations nouvelles, dont la structure diffère de celle des for- « mations qui les exerçaient antérieurement : la modification est « alors d'une importance telle qu'elle équivaut à une véritable créa- « tion ». La Constitution de 1958 a contraint le juge à modifier l'articulation de ses décisions, mais ne l'a pas conduit à abandonner sa jurisprudence traditionnelle car il existait un principe général de procédure en vertu duquel la création d'une juridiction était de la compétence exclusive du législateur (37).

Quelques grands textes organisent la procédure non pas pour l'ensemble des juridictions administratives, mais pour les plus importantes parmi elles. C'est ainsi que la loi des 7-14 octobre 1790 fut à l'origine des recours en cassation et pour excès de pouvoir (38). De la même façon, la loi du 24 mai 1872 et celle du 22 juillet 1889 développaient assez complètement les règles relatives aux instances poursuivies devant le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfecture. A l'heure actuelle, l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953, modifiés, s'appliquent aux mêmes juridictions. L'activité de chacune des juridictions spéciales est régie par une loi de procédure complétée parfois par des règlements. Il faut enfin noter qu'il a fallu attendre la loi du 7 juin 1956 pour qu'un texte fût applicable à l'ensemble des juridictions administratives.

Mais ces textes variés et fragmentaires allaient-ils suffire à assurer un fonctionnement normal des multiples juridictions administratives créées depuis le début du XIX[e] sicèle ? (39). Le Conseil d'Etat fit rapi-

(36) C.E., 13-7-1962, « Conseil National de l'Ordre des Médecins », conclusions Braibant, R.D.P. 1962, p. 739. Voir également C.E., 2 mars 1962, Pioton, Rec. p. 142 (arrêt relatif aux commissions de répartition des indemnités de nationalisation). Ces décisions témoignent d'une certaine hardiesse si l'on se réfère au sens classique « *d'ordre de juridiction* », tel que l'a défini M. le Commissaire Braibant : « un ensemble de juridictions constituant une hiérarchie complète et soumises au contrôle d'une cour souveraine ». La création d'une nouvelle hiérarchie juridictionnelle étant un phénomène rare, la jurisprudence a préféré heurter la lettre de la Constitution plutôt que la tradition.

(37) C.E., 2 juin 1911, de Pressense, D. 1913.III.118. Le préfet de police de la Seine avait fait adopter par le Conseil général une délibération l'autorisant à instituer un « Tribunal administratif des recours pour la répression de la prostitution ». L'arrêté préfectoral fut annulé pour détournement de pouvoir. Le même principe est appliqué par la Cour de cassation pour les juridictions de l'ordre judiciaire. Voir également C.E. Ass., 5 mars 1948, « Cie gle de Construction téléphonique », et C.E. Gingold, 25-7-1952, D. 1953.III, p. 327, concl. Guionin.

(38) Voir *infra*, II[e] partie : Le principe du recours pour excès de pouvoir, pp. 212 et s., et le principe du recours en cassation, pp. 312 et s.

(39) Il ne faudrait pas cependant surestimer les lacunes de la procédure administrative qui ne fut pas créée *ex nihilo* au lendemain de la Révolution de 1789. Le décret du 22 juillet 1806 organisant la Commission du Contentieux (Conseil d'Etat) s'inspirait assez fortement du règlement de 1738 (voir Ch. DURAND, « La procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat de 1800 à 1814 », *in* Annales

dement appel aux règles du Code de procédure civile sans que celui-ci ne devint pour autant une source supplétive de la procédure administrative (40).

14. — *Les sources non écrites de la procédure administrative :* Pour remédier aux insuffisances des sources écrites de la procédure administrative, la règle jurisprudentielle devait inéluctablement acquérir un rôle prépondérant. La jurisprudence procédurale acquit rapidement ses grands arrêts (41) et fit autorité, *non ratione imperium sed imperio rationis.* Mais un élément, parmi les autres règles d'origine jurisprudentielles, bénéficia d'une autorité supplémentaire : ce furent les principes généraux de procédure. Ils engendrèrent une combinaison harmonieuse entre la règle écrite et la règle non écrite en permettant l'application de certains textes procéduraux (exemple : art. 9 de la loi du 24 mai 1872 ou art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945) dans des cas où le législateur ne l'avait pas prévu originairement. Par leur force obligatoire et leur origine jurisprudentielle, les principes généraux constituent la source la plus originale de la procédure administrative contentieuse. Les quelques textes dont ils ont facilité l'application sont parvenus à bouleverser les données initiales de la procédure administrative contentieuse.

§ 2. — La transformation des caractères de la procédure administrative sous l'influence des principes généraux.

15. — Jacquelin écrivait, il y a plus de cinquante ans il est vrai, que la procédure administrative contentieuse répondait à certains caractères qui étaient des « reflets visibles du système bureaucratique », et qui avaient « totalement échappé à l'objectif de la garantie du droit individuel » (42).

A ce pessimisme affiché, le commissaire du gouvernement Berget opposait à peu près à la même époque l'élan créateur de certains « principes fondamentaux du droit » (43) qui enjoignaient à toute juridiction, qu'elle fût pénale ou administrative, de communiquer aux parties les pièces qu'elle avait en sa possession. L'évolution ultérieure

de la Faculté de Droit d'Aix, 1953, n° 46). Or, le décret de 1806 ne fut abrogé qu'en 1945 (art. 88 de l'ordonnance du 31 juillet 1945) après être demeuré la base de la procédure devant le Conseil d'Etat pendant près de cent quarante ans.

(40) Voir *infra,* 1re partie, Ch. 1er, pp. 79 et s., et Ch. 3, pp. 169 et s. ; Les règles générales de procédure.

(41) Voir *infra,* « Le développement historique des principes généraux de procédure », pp. 28 et s.

(42) JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative, R.D.P., 1903, p. 373.

(43) Concl. Berget, sur C.E., 10 août 1918, Villes, Rec., p. 841.

allait donner raison au second auteur en améliorant considérablement les caractères généraux de la procédure.

Pour saisir l'importance des modifications procédurales sous l'influence des règles non écrites, il est nécessaire de rappeler les caractères classiques de la procédure contentieuse administrative et de montrer les insuffisances du pouvoir inquisitoire du juge. On se rend alors compte comment les principes généraux ont fait apparaître un élément nouveau qui se superpose aux données anciennes, le caractère contradictoire.

A. — Les caractères classiques de la procédure administrative contentieuse.

16. — Inquisitoire, écrite, secrète, telles sont les caractères traditionnels que tous les auteurs reconnaissent à la procédure administrative contentieuse (44), négligeant ainsi les nuances et restrictions qu'il faudrait apporter pour tenir compte des caractères originaux et complexes de la procédure suivie par bon nombre de juridictions d'attribution. Il n'en demeure pas moins que, quelle que soit la juridiction intéressée, c'est le caractère inquisitoire qui dominera tous les autres.

La procédure est dite inquisitoire lorsqu'elle est dirigée par le juge, par opposition aux procédures dites accusatoires laissées à la discrétion des parties. Cette interprétation étant tenue pour exacte, et rien ne permet en l'état actuel du droit positif de l'infirmer, la question se pose de savoir si les pouvoirs inquisitoriaux reconnus au juge administratif ne lui laissaient pas toute latitude d'orienter l'évolution de la procédure sans recourir à la technique des principes généraux de procédure et si l'adoption des règles non écrites n'a pas altéré les caractères généraux de la procédure, tel précisément, le caractère inquisitoire.

Les pouvoirs inquisitoriaux reconnus au juge administratif n'ont pas la même signification devant les juridictions secondaires et le Conseil d'Etat. Les juridictions inférieures n'ont jamais interprété le pouvoir inquisitoire qui leur était reconnu comme une protection du justiciable. Quand elles ne renonçaient pas à leur pouvoir de direction, ce qui était assez fréquent, elles l'utilisaient à des fins autoritaires. Avant que les principes généraux de procédure ne les y contraignent, les juridictions secondaires repoussaient toutes mesures proposées par le justiciable. En effet, que signifiait pour une juri-

(44) Voir Berthelemy, « Traité élémentaire de Droit administratif », 9e édition, 1920, p. 293. Hauriou, « Précis de Droit administratif », 10e édition, 1921, pp. 918-921.

Laferrière (*in* « Traité de la juridiction administrative », 1888, T. 2, pp. 280-296) insiste davantage sur le caractère écrit et contradictoire de la procédure que sur son caractère inquisitoire. Pour l'époque contemporaine, voir Auby et Drago, « Traité de contentieux administratif », L.G.D.J., 1962, T. 2, n° 640. Vedel, « Droit administratif », Thémis, 1962, pp. 370-371.

diction spéciale une demande de récusation de l'un de ses juges ? Une immixtion intolérable dans la vie de la juridiction. Une procédure contradictoire à l'égard des parties ? Une manœuvre dilatoire destinée à retarder le cours de la justice ? Les juges secondaires finissaient même par renoncer à tout pouvoir inquisitoire qui aurait signifié pour eux un surcroît de travail en jugeant aisément leur information « suffisante » et les moyens proposés par les parties « surabondants », en dépit des règles élémentaires de la défense.

Les pouvoirs de direction du juge secondaire n'ont jamais dégénéré en pouvoirs arbitraires grâce à la férule du Conseil d'Etat qui, avant de devenir une « Cour régulatrice » (45) « fut une Cour éducatrice » dans un « ordre juridictionnel aux formations dispersées à travers « tout le territoire » (46). Quelles formations et quelle dispersion ! Plus de quarante types de juridictions réparties tant en France métropolitaine que sur les territoires d'Outre-Mer.

17. — Le Conseil d'Etat utilisa son pouvoir de direction pour contrôler rigoureusement l'activité des juridictions secondaires. En orientant, par lui, l'instruction des affaires qui lui étaient déférées, tant par voie d'appel que de cassation, il soumettait autoritairement à sa propre connaissance toutes les règles de procédure. Son pouvoir inquisitorial était renforcé par deux compétences, l'une facultative, l'autre obligatoire, qui en découlaient directement. En premier lieu, le Conseil d'Etat s'est donné un large pouvoir d'évocation, développant ainsi ses pouvoirs de juge d'appel et, en second lieu, il a l'obligation de soulever d'office toutes les questions d'ordre public même s'il n'en a pas été saisi par les parties; or ces deux règles de l'évocation et de l'ordre public ont pour fonctions essentielles de faire respecter les règles de procédure. Le contrôle du Conseil d'Etat est d'autant plus intense que les juridictions secondaires sont tenues, en vertu de l'autorité de la chose jugée, de statuer conformément à la doctrine de l'arrêt de cassation (47). Etait-il alors nécessaire, qu'investi de pouvoirs inquisitoriaux, renforcés en certaines circonstances, le Conseil d'Etat créât des règles d'une nature nouvelle, obligatoires tant pour le juge inférieur que pour le pouvoir exécutif ?

B. — Les insuffisances du pouvoir inquisitorial du juge administratif.

18. — Sans renoncer au caractère inquisitoire de la procédure dont les insuffisances étaient trop perceptibles pour ne pas faire l'objet d'aménagements, le Conseil d'Etat lui a adjoint des correctifs importants par la voie des principes généraux de procédure.

(45) J. Rivero, « Le Conseil d'Etat cour régulatrice », D. 1954, ch. , pp. 157-162. L'auteur étudie les répercussions de la réforme du 30 septembre 1953 sur les fonctions du Conseil d'Etat.

(46) J. Rivero, *ibid.*, p. 157.

(47) C.E., 8 juillet 1904, Botta, concl. Romieu, Rec. p. 557, note Hauriou, S. 1905.3, p. 81, G.A.J.A., p. 55.

Deux raisons expliquent l'apparition et le développement inéluctables des règles non écrites. En premier lieu, les ambitions que nourrissait la Haute juridiction administrative dépassaient largement les satisfactions que lui procurait son pouvoir inquisitorial. Au surplus, le recours à des règles obligatoires était devenu plus pressant à mesure que les autorités administratives investies d'un véritable pouvoir législatif risquaient d'anéantir l'œuvre conçue par le Conseil d'Etat.

La double fin assignée à la procédure administrative contentieuse ne pouvait également être atteinte que par la création de règles obligatoires. Le droit à l'action devait être considérablement renforcé notamment pour que la légalité fût mieux protégée. Il était également souhaitable que le caractère fondamentalement inégalitaire du droit administratif s'effaçât au profit d'une égalité des parties dans le procès.

C. — L'apparition du caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse sous l'influence des principes généraux.

18 *bis.* — Sous l'influence des principes généraux, la procédure administrative contentieuse est devenue totalement égalitaire. L'égalité de l'administration et du particulier dans leurs rapports contentieux s'est manifestée par une procédure présentant un caractère contradictoire pour les parties en cause à l'instance. Telle est l'incidence des mobiles et des fins assignés à la procédure et aux règles non écrites. Cette incidence s'est exercée dans une triple direction : Ce fut l'érection du recours pour excès de pouvoir en principe général de procédure, participant du droit à l'action. Ce fut le développement des principes relatifs aux droits de la défense. Ce fut enfin l'accession au rang de principe d'un certain nombre de règles et institutions procédurales qui auraient pu être imposées et garanties par les seuls pouvoirs inquisitoriaux des juges administratifs. Le principe du recours pour excès de pouvoir déborde, en grande partie, les institutions procédurales. A ce plan, il a pour effet de soumettre les autorités administratives et les particuliers aux règles de la légalité ou de la juridicité. Les uns et les autres s'imposent mutuellement de respecter la légalité sous le contrôle du juge. Le caractère contradictoire de la procédure apparaît avec plus d'évidence dans les droits de la défense et dans les autres principes généraux de procédure.

19. — *Les droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure* (48). Le principe des droits de la défense assure aux parties à l'instance une protection générale en imposant au juge et (aux parties) le respect d'une argumentation libre, contradictoire et complète. En développant un réseau de droits et d'obligations au profit ou à la charge des parties et du juge, le principe des droits de la défense (composé de multiples règles non écrites d'importance et de valeur

(48) Sur l'ensemble de la question, voir *infra*, II[e] partie, pp. 369 et s.

variables) a donné à la procédure administrative contentieuse un aspect pour elle nouveau, un caractère contradictoire. Ce phénomène apparaît avec une acuité particulière au cours de la première phase de l'instance, l'instruction, que deux mouvements ont concouru à rendre totalement contradictoires.

— Un certain nombre de principes et de règles générales de procédure participant du principe des droits de la défense ont pour conséquence d'assurer à l'instruction un caractère contradictoire. C'est ainsi que de la requête introductive d'instance à la clôture de l'instruction le juge doit avertir le justiciable de tout « fait nouveau » pouvant intéresser sa défense (49). Ce principe général vaut tant pour les mesures prises par le juge que pour les arguments à lui présentés par l'une des parties. Le juge doit, au surplus, avertir les parties de toutes les productions faites par leur adversaire et reconnaître aux parties le droit de contredire tous arguments qui leur sont opposés (50). L'enchevêtrement des défenses et répliques, les incidents et les mesures d'instruction qui se déroulent toujours sous le contrôle du juge, et parfois à son initiative et sous sa direction, ces échanges d'arguments et cette succession d'événements ont donné à la procédure un caractère contradictoire. Est-ce alors un hasard si le respect des droits de la défense est devenu un principe général de procédure ?

— Craignant que les directives précédemment dégagées par les principes généraux ne fussent insuffisantes, le juge administratif a décidé qu'en vertu d'un nouveau principe général de procédure, l'instruction devait avoir un caractère contradictoire (51). Mais le principe solennellement consacré contient en lui-même ses limites. Ne s'appliquant qu'à une phase du procès, l'instruction, il ne remodèle pas à lui seul (non plus que les autres droits de la défense) la procédure administrative.

Tous ces principes orientés dans leur sphère à un but identique ont façonné une procédure administrative contradictoire.

20. — *Les applications multiples du caractère contradictoire de la procédure par les principes généraux.* Certains principes généraux de procédure ont pour conséquence souvent indirecte de donner à la procédure un caractère contradictoire. L'admission des voies de rétractation (opposition et tierce-opposition) au rang des principes généraux permettent au défendeur défaillant et aux tiers intéressés à l'égard desquels une instance n'a pas été contradictoire de remédier

(49) C.E., 11 mars 1960 « Sté des Travaux et des Carrières du Maine », D. 1960.J.433.

(50) C.E., 14 mai 1937, Vouillaume, Rec. p. 498. C.E., 4 juin 1947, Epoux X..., Rec. p. 47.

(51) C.E., 12 mai 1961, Sté La Huta, Rec., p. 313. Ce principe n'était-il pas surabondant après l'œuvre depuis longtemps entreprise par le Conseil d'Etat ? Certes pas, les droits de la défense dont fait partie ce principe étant beaucoup plus vastes, et s'étendant notamment à l'audience de jugement, le principe nouveau apportait une précision utile.

à cette situation (52). Certains principes, d'un retentissement moins grand, se sont assignés une même fin. C'est le cas de la règle selon laquelle toute partie à l'instance, mais seule une partie en cause, peut relever appel ou intenter un pourvoi en cassation contre une décision juridictionnelle. Parmi les principes qui gouvernent la juridiction, il en est qui, principalement ou accessoirement, garantissent aux parties une procédure qui sera pleinement contradictoire, en ce sens qu'ils exclueront tout risque de partialité susceptible d'entâcher l'œuvre de la juridiction (53).

Seuls les principes généraux de procédure disposaient d'une autorité suffisante pour imposer à toutes les juridictions administratives de se plier à une procédure qui fût pleinement contradictoire. Cette évolution signifie-t-elle un bouleversement des caractéristiques traditionnelles de la procédure administrative contentieuse ?

D. — Les caractères actuels de la procédure administrative.

21. — *Le caractère contradictoire donné à la procédure contentieuse par les principes généraux n'est pas exclusif des données traditionnelles du procès administratif.* Le procès n'est pas laissé à la discrétion des parties, mais demeure, en vertu même des principes généraux, dirigé par le juge. Celui-ci ne met pas la preuve à la charge du demandeur, mais lui demande de réunir à l'appui de ses prétentions et allégations tous les moyens de preuve dont il dispose (54). Et, peut-être parce qu'il craignait que la procédure contradictoire ne dégénérât en procédure accusatoire laissée à la discrétion des parties, le Conseil d'Etat a rappelé qu'en vertu des principes généraux de procédure le juge avait l'obligation de mener une instruction complète et d'épuiser son pouvoir juridictionnel (55). Un point d'arrêt était ainsi mis à toutes les tentations de facilité qui guettaient les juridictions secondaires.

Il y a aussi une imbrication étroite entre les caractères inquisitoire et contradictoire de la procédure, le second n'étant réalisé et garanti que par le premier. Interpréter différemment les principes généraux de procédure contredirait l'évolution amorcée depuis près d'un siècle.

22. — Le caractère écrit de la procédure, corollaire du caractère inquisitoire, a également subi une certaine évolution. L'absence de la hiérarchie de la preuve dans le procès administratif a permis d'introduire certains éléments d'oralité dans le débat juridictionnel.

(52) Voir *infra*, II[e], 340-355.

(53) Voir les procédures de récusation des juges, et récusation d'une juridiction pour cause de suspicion légitime (*infra*, II[e] partie), ainsi que le principe du secret des délibérés.

(54) C.E., 23 décembre 1955, Lévy, concl. Lasry, D. 1956.J.27. Voir également note Long, sous C.E., 9 juillet 1954, Cordelet, A.J.D.A., 1954.II.396.

(55) Voir *infra*, II[e] partie, pp. 476 et s.

L'audience de jugement commence à en être la bénéficiaire. Les principes généraux ne sont que timidement attachés à défendre la libre défense orale devant la juridiction administrative et laissent intact le caractère écrit de la procédure. Aux caractères anciens de la procédure administrative un nouveau doit donc être adjoint en vertu des principes généraux : *la procédure administrative contentieuse est désormais inquisitoire, écrite, secrète et contradictoire.*

23. — La mission des principes généraux de procédure est sur une bonne voie, celle qui permet de façonner toutes les juridictions administratives sur un archétype, le Conseil d'Etat, et sur un modèle plus adapté aux besoins des juridictions inférieures, les Tribunaux administratifs. Toute étude des principes généraux de procédure débouche sur la question, maintes fois posée, de savoir pourquoi le Conseil d'Etat a créé des règles non écrites obligatoires. Il entendait par là combler les défauts de la procédure, améliorer la justice administrative, faire régner l'égalité entre les justiciables et il avait pour motivation essentielle de contrôler l'activité des juridictions administratives secondaires.

§ 3. — Remarques sur les juridictions administratives secondaires.

24. — La collégialité est vraisemblablement le seul point commun à toutes les juridictions administratives. Leur nombre, leur composition, leur compétence introduisent une telle diversité qu'en dehors des principes généraux il est difficile de déceler une unité procédurale réelle entre elles (56).

A. — La diversité des juridictions administratives.

25. — A chaque grande réforme administrative, correspond la création de juridictions administratives nouvelles. A la technique qui aurait consisté à élargir la compétence originaire des juridictions existantes (Conseil d'Etat, Tribunaux Administratifs), le législateur a préféré la création d'organismes spécialisés. Comment s'étonner alors du grand nombre des organismes juridictionnels relevant du Conseil d'Etat soit par la voie de l'appel, soit par la voie du recours de cassation ?

On peut dénombrer une quarantaine de types de juridictions administratives qui exercent leur activité sur le territoire national à titre permanent ou éphémère (57). Répondant chacune à un objet déterminé, elles sont toutes d'une structure particulière.

(56) Il faut cependant ajouter que la procédure est toujours inquisitoire, que le législateur se soit prononcé ou non sur la nature de l'organisme qu'il créait. Voir *supra*, pp. 15-16.

(57) Des juridictions administratives de circonstance sont parfois créées et disparaissent une fois que le contentieux qui leur a donné naissance est épuisé. Ce

26. — Rares sont les juridictions composées statutairement de juges administratifs professionnels (58). Bon nombre d'entre elles pratiquent l'échevinage (59). Certaines, tels les Conseils de Révision (60) et les juridictions de l'Education Nationale (61) sont même composées de fonctionnaires. Enfin d'autres juridictions professionnelles sont formés soit partiellement, soit totalement, de membres appartenant à la profession (62). Si elle est louable à plus d'un plan, la composition des juridictions administratives engendre des conséquences fâcheuses quant à l'application du droit et quant au respect de la procédure. Les magistrats non professionnels sont souvent assez ignorants de la règle juridique et sont tentés de ne pas respecter les institutions procédurales les plus élémentaires. La diligence du Conseil d'Etat suffira à grand peine à redresser les erreurs commises.

27. — La structure et la procédure suivies par les juridictions administratives sont tout aussi variées que leur composition. Les unes constituent une organisation juridictionnelle hiérarchisée et assez complète (juridictions des pensions, juridictions professionnelles) ; d'autres sont uniques et relèvent directement du Conseil d'Etat (Cour des comptes). Le ministère public, pour ne prendre qu'un exemple

fut le cas de la Commission supérieure des bénéfices de guerre (Loi du 1er juillet 1916). C'est à son sujet que fut rendu notamment l'arrêt du 10 août 1918, Villes concl. Berget, Rec. 841.

(58) Tribunal administratif, Cour des Comptes. Il faut ajouter les juridictions administratives composées de magistrats de l'ordre juridiciaire : c'est le cas des juridictions des pensions ; c'est également celui du Conseil supérieur de la magistrature (art. 65 de la Constitution du 4 octobre 1958 et Ordonnance organique du 22 décembre 1958) ; malgré sa composition il peut être considéré comme une juridiction administrative non souveraine (voir dans ce sens, Drago, « Le statut des magistrats et le juge administratif », *in* Le pouvoir judiciaire, janvier-février 1960).

(59) Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des Médecins. Elle est présidée par un Conseiller d'Etat (art. 411 du Code de la Santé publique). Voir Odent, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les ordres professionnels », Archives de philosophie du droit, 1954. Brackers d'Hugo, « Compétences et procédures devant les juridictions disciplinaires médicales », *in* Lois nouvelles, 1954.I.124.

Voir également la Commission centrale d'Aide sociale et les Commissions départementales d'aide sociale. (Elles sont présidées par un magistrat de l'ordre judiciaire (décret du 11 juin 1954 et du 1er juin 1956). Voir Rain, « La réforme des lois d'assistance, 1954. Desmottes, « Manuel pratique de l'Aide sociale », 1956. La section permanente du Conseil supérieur de l'Aide sociale est présidée par un membre du Conseil d'Etat (décret du 10 mars 1958).

(60) Loi du 31 mars 1928. Le conseil de révision est normalement présidé par le Préfet. Voir concl. Tricot, sur C.E., 31 janvier 1958, Brunet, R.D.P. 1958, pp. 752 et s.

(61) Le Conseil supérieur de l'Education nationale est présidé par le ministre de l'Education nationale (art. 12 de la loi du 18 mai 1946).

(62) P. Biays, « La fonction disciplinaire des ordres professionnels », Th. Rennes, 1949, notamment pp. 28 et s. Brachers d'Hugo, *loc. cit.*, pp. 26 et s. ; Brethe de la Gressaye, « Le pouvoir juridictionnel des ordres professionnels », Droit social, 1955, p. 597. Voir la Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires (art. 19 de la loi du 23 août 1947), le Conseil régional de l'ordre des Pharmaciens (art. 14 de l'ordonnance du 5 mai 1945), le Conseil régional de l'Ordre des Médecins (art. 26 et 29 de l'ord. du 24 septembre 1945).

de la diversité des solutions retenues pour leur organisation interne, constitue l'originalité de beaucoup de ces juridictions administratives (63). Il n'a pas partout le même rôle que devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs. Il existe des formations juridictionnelles (Cour des comptes, juridictions des pensions et des dommages de guerre) devant lesquelles le ministère public est chargé de défendre les intérêts de l'Etat (64). Certains ordres professionnels et la Commission de Contrôle de Banque se passent même de commissaire de gouvernement. Cette structure pose souvent au Conseil d'Etat le délicat problème de savoir la nature du contrôle qu'il exerce sur les décisions de ces organismes juridictionnels (appel ou recours en cassation).

Les juridictions administratives offrent un mélange d'autoritarisme et de démocratie juridictionnelle. L'Administration active parvient à pénétrer directement dans le fonctionnement des juridictions qui, par ailleurs, sont largement ouvertes aux représentants d'intérêts professionnels (juridictions professionnelles) et sociaux (juridictions sociales). L'équilibre entre les différentes orientations est d'autant plus malaisé à respecter que l'organisation procédurale est assez faible. Il ne faudrait pas s'étonner par trop des aspects multiples et parfois divergents de la procédure administrative contentieuse tant est vaste la compétence des diverses juridictions administratives.

28. — Sans vouloir dresser un tableau de ces différentes juridictions (65) on peut tenter une classification sommaire d'après leur compétence. Les unes statuent en matière de finances publiques (66), d'autres ont une compétence militaire (67), certaines exercent leur activité au sein de l'Education Nationale (68). Il est même une juri-

(63) Sur l'ensemble de la question, voir O. DUPEYROUX, « Le ministère public auprès des juridictions administratives », Mél. Mestre, 1956, pp. 186 et s.

(64) Pour la Cour des Comptes, voir P. de MIRIMONDE, « La Cour des comptes », 1947, p. 62. Elle possède un Parquet composé d'un Procureur général et de deux avocats généraux qui relèvent du ministre des Finances. Pour la commission de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques, voir C.E., 4 décembre 1959, Commissaire du gouvernement près de ladite Commission, A.J.D.A., 1960.II.311.

(65) Sur ce point, voir notamment GAZIER et LONG, « Juridictions relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation », A.J., 1945.I.77 ; THEIS, « Essai de recensement des juridictions relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation », Et. et Doc., du C.E., 1952, pp. 79 et s.

(66) Ce sont essentiellement la Cour des Comptes (voir *infra*, p. 21. P. de MIREMONDE, *op. cit.*), la Cour de discipline budgétaire. Doyen VEDEL, « La responsabilité des ordonnateurs devant la Cour de discipline budgétaire », R.S.C.F. 1949, pp. 115 et s.).

(67) Ce sont les Conseils de Révision (art. 17 et s. de la loi du 31 mars 1928 ; voir également concl. Tricot sous C.E., 31 janvier 1958, R.D.P. 1958, pp. 752 et s.).

(68) Ce sont les Conseils départementaux de l'Education nationale (loi du 30 octobre 1886), les Comités départementaux de l'enseignement technique (loi du 3 mai 1946), les Conseils académiques (loi du 27 février 1880) et le Conseil supérieur de l'Education nationale (loi du 18 mai 1946, modifiée).

diction administrative qui organise la discipline des magistrats (69) et d'autres qui répartissent les indemnités entre les victimes des nationalisations (70) ou liquident les dommages nés de la guerre (71). Plus importantes sont celles qui statuent en matière d'aide sociale (72) et les juridictions professionnelles (73). La classification et l'énumération, incomplètes, de ces organismes appellent deux remarques :

— Beaucoup parmi ces juridictions exercent des fonctions disciplinaires.

— Les litiges tranchés par ces juridictions n'opposent pas nécessairement un particulier et l'Administration (juridictions professionnelles). Dans ce cas, ces juridictions sont administratives par leur objet.

B. — L'inorganisation procédurale des juridictions administratives secondaires.

29. — Il aurait été hasardeux de parler, avant l'apparition et le développement des principes généraux, d'une procédure administrative applicable aux juridictions spéciales. Elles ont pour la plupart été créées par le législateur à la suite d'un processus identique. Celui-ci donnait naissance à un organisme disposant de certaines compétences, mais, dans bien des cas, il ne se prononçait pas sur sa nature. Etait-ce une juridiction ou un simple organisme administratif ? Telle était la première question que devait résoudre le juge dont la décision n'était pas guidée par une organisation procédurale sérieuse sur laquelle aurait reposé sa réponse. De cette indétermination découlaient, en outre, d'autres conséquences fâcheuses au plan procédural.

30. — La détermination de la juridiction administrative pose de délicats problèmes, car, en droit français, il n'existe pas de critère unique de l'acte juridictionnel. Ainsi le Jury d'honneur, chargé de relever de l'inéligibilité qui les frappait les parlementaires ayant voté la loi du 10 juillet 1940, rendait des décisions qui n'étaient « susceptibles d'aucun recours » (art. 18 *bis* de l'ordonnance du 21 avril 1944). Quelle qualification conférer à ce jury ? « Sa composition et ses pou-
« voirs... les recours en révision dont il peut être saisi » lui donnent « le caractère d'une juridiction qui, par la nature des affaires sur

(69) Besson, « Conseil Supérieur de la Magistrature », Encyclopédie Dalloz, Mise à jour 1960 ; références, pages suivantes.

(70) Ce sont notamment les Commissions de répartition des Nationalisations yougoslaves et tchécoslovaques (L. du 21 juillet 1952) ; voir notes pages suivantes.

(71) Ce fut le Conseil supérieur des profits illicites (ord. du 6 janvier 1945, voir Chrétien, « La confiscation des profits illicites », J.C.P., 1945.I.458 et 463). Ce sont surtout les juridictions des dommages de guerre (Loi du 28 octobre 1946 ; voir Poussière, « Dommages de guerres », Juris. class. adm., fasc. 555 à 560) et les juridictions des pensions.

(72) Voir notes pages suivantes.

(73) Voir notes pages suivantes et Delahousse, « L'inscription et la discipline dans les ordres professionnels », Thèse, Lille 1959, notamment pp. 128 et s.

« lesquelles il se prononce, appartient à l'ordre administratif et relè-
« ve, à ce titre, du contrôle du Conseil d'Etat ». Telle fut l'argumentation du Conseil d'Etat dans l'arrêt d'Aillières (74) qui illustre les difficultés auxquelles se heurte le juge. Très nombreuses sont les juridictions qui doivent leur qualification non pas au législateur, mais au juge : on peut citer le Conseil Supérieur de l'Instruction publique (75), la Chambre de discipline de la compagnie de commissaires aux comptes agréés par la cour d'appel de Paris (76). la Chambre de discipline du Conseil Supérieur de l'Ordre National des Médecins (77), la commission des recours des réfugiés étrangers et apatrides (78), etc. Les doutes relatifs à la nature des Conseils de Révision furent à chaque fois levés dans le même sens (79). L'existence même de ce contentieux montre les dangers de l'imprécision législative. Elle révèle également que le législateur ne se prononce que rarement sur la procédure que seraient amenés à suivre les organismes qu'ils crée; s'il s'agissait différemment il éviterait de rechercher longuement, et parfois de façon hasardeuse, la nature de l'organisme.

30 *bis.* — Les défauts procéduraux constatés dans la plupart des juridictions spéciales, défauts auxquels le Conseil d'Etat a remédié par les principes généraux de procédure, sont d'un double ordre et découlent de l'insuffisance de la législation : Certaines juridictions ont une activité juridictionnelle et administrative difficile à partager; d'autres tendent de devenir des juridictions souveraines.

31. — Le législateur a déterminé la compétence générale des ordres chargés de régir certaines professions, mais ne s'est pas prononcé sur la nature de leurs actes. Emanées d'un même organisme, les décisions de ces ordres professionnels sont administratives lorsqu'elles concernent l'inscription au tableau, mais sont juridictionnelles lorsqu'elles interviennent en matière disciplinaire (80). Comment faire comprendre, alors que les textes sont notoirement insuffisants, à une même formation, composée exclusivement ou partiellement de

(74) C.E., 7 février 1947, d'Aillières, conclusions Odent, note Waline, R.D.P., 1947, p. 68, note Morange, J.C.P., 1947.II.3508, voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours en cassation », pp.

(75) C.E., 20 juin 1913, Téry, conclusion Corneille, Rec. pp. 736 et s. Voir *infra*, II[e] partie, « Les droits de la défense ».

(76) C.E., 19 février 1943, Bugnet, conclus. Léonard, Dt social, 1943, p. 173.

(77) C.E., 2 février 1945, Moineau, note l'Huillier, S. 1946.3.9 ; note Colliard, D. 1946.J.269.

(78) C.E., 29 mars 1957, Paya Monzo, Rec. 225.

(79) C.E., 31 janvier 1958, Brunet, précité, Rec. p. 254.

(80) Voir pour le Conseil Supérieur de l'Ordre des Vétérinaires, C.E., 12 décembre 1955, de Bayo, concl. Chardeau, R.P.D.A., 1954, p. 3, note de Soto, A.J.D.A., 1954.II.138. Il existe parfois des conflits entre le juge et le législateur sur la qualité à accorder à un organisme. Le Conseil d'Etat avait jugé que la Commission de répartition des indemnités yougoslaves était une autorité administrative (C.E., 15 décembre 1955, Epoux Deltel), mais le législateur a formellement démenti cette interprétation par la loi du 11 décembre 1956 devant laquelle le Conseil d'Etat s'est incliné (C.E., 9 octobre 1957, dame Veuve Deltel, Rec., p. 512).

non-juristes, que certains de ses actes doivent souscrire aux impératifs de la procédure contentieuse alors que les autres sont soumis à des règles beaucoup moins strictes ? Il fallait l'autorité du Conseil d'Etat et la force des principes généraux pour introduire un certain ordre dans ces activités multiples.

32. — L'insuffisance procédurale a entraîné des conséquences encore plus fâcheuses. Certaines juridictions ont tenté, mais en vain, de se soustraire à tout contrôle de la juridiction suprême, le Conseil d'Etat. Allait-on assister à l'éclatement de l'ordre administratif et à la naissance d'un ordre politique et d'un ordre social autonomes ? M. Odent n'y paraissait pas opposé dans ses conclusions sur l'affaire d'Allières qui posait directement la question à propos du jury d'honneur (81) ; la réaction du Conseil d'Etat fut immédiate et ne souffrait aucune opposition. Toute vélléité d'indépendance serait désormais vouée à l'échec en vertu des principes généraux de procédure (82).

33. — Une véritable procédure administrative contentieuse aurait-elle existé sans les principes généraux de procédure ? Une réponse nuancée doit être émise, car deux types de procédure contentieuse se seraient certainement imposés : celle des juridictions à compétence générale (Conseil d'Etat et Tribunaux administratifs) et celle des juridictions spéciales; mais parler de procédure à propos de ces dernières auraient été présomptueux. Composées en règle générale de magistrats non professionnels, les juridictions spéciales se sont montrées trop fréquemment autoritaires et faibles, tout à la fois, désireuses d'échapper au contrôle de la juridiction supérieure en motivant à peine leur décision, peu soucieuses de garantir les droits de la défense et opposées à toutes les voies de rétractation.

A ces juges peu compétents, il fallait imposer une procédure protectrice du justiciable et respectueuse de la légalité. Les principes généraux parviennent à ce résultat en organisant la procédure d'une quarantaine de juridictions administratives. Mais l'enjeu était tel que le juge administratif suprême n'a pas imposé brutalement à toutes ces juridictions spéciales des règles obligatoires. Son œuvre témoigne d'une double habileté. En premier lieu, pour éviter tout heurt, tant avec les juridictions qui lui étaient subordonnées qu'avec les autorités politiques et administratives, le Conseil d'Etat a toujours proclamé qu'il ne créait pas les principes généraux de procédure, mais qu'ils lui étaient extérieurs et qu'il se contentait de les appliquer. En outre, les principes procéduraux doivent être observés non seulement par les juridictions spéciales, mais par toutes les juridictions administratives, y compris le Conseil d'Etat. Il donnait l'exemple d'une obéis-

(81) Conclusions précitées, R.D.P., 1947, pp. 68 et s.

(82) Le principe du recours en cassation permit de soumettre les décisions du jury d'honneur à la censure du Conseil d'Etat (C.E., 7 février 1947 d'Aillières, R.D.P., 1947, pp. 68 et s.). Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours en cassation », pp. 312 et s.

sance librement consentie, évitant ainsi d'être taxé d'autoritarisme par des juridictions qui étaient les principales destinataires des règles qu'en réalité il créait.

Grâce à cette habileté, le long développement historique des principes généraux de procédure est marqué par un savant dosage entre l'autorité et la souplesse et un délicat équilibre entre l'autonomie des juridictions spéciales et leur soumission au Conseil d'Etat.

Section III

LE DEVELOPPEMENT HISTORIQUE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

34. — Les principes généraux de procédure ont changé de nature et de fonction en un siècle. De règles interprétatives proches du droit naturel, les principes sont devenus des sources du droit très précises (83). Une étude du développement des principes généraux de procédure peut être ramenée à quatre périodes distinctes :

— Jusqu'en 1918, les principes généraux comblent de nombreuses failles de la procédure administrative contentieuse. Ils constituent une notion assez indéterminée empreinte des conceptions dominantes du droit naturel.

— De 1918 à 1944, la notion de Principe général se précise et s'applique à des institutions procédurales de plus en plus nombreuses.

— Les quinze années suivantes (1944-1961), les troubles nés de la guerre et de l'après-guerre entraînent un recul de la légalité que feront, de nouveau, triompher les principes généraux de procédure.

— A partir de 1961, les principes généraux de procédure se précisent et leur application se développe.

§ 1. — L'apparition des principes généraux de procédure face aux défauts de la procédure administrative contentieuse.

35. — La dualité de juridiction née de la loi du 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor, An III (84) est moins une rupture avec la procédure administrative de l'Ancien Régime qu'une évolution précipitée. Le Conseil d'Etat (et plus spécialement la commission du

(83) Toute explication des principes reposant sur les théories du droit naturel sera rejetée. (Cf. *infra*, pp. 104-108) ; *contra*, B. Jeanneau, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », préface M. Rivero, Thèse, Paris, 1954, éd. L.G.D.J., notamment pp. 230-239, voir également *infra*, pp. 59 et s.

(84) Décret du 16 Fructidor An III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit. »

contentieux) jouit d'une organisation procédurale assez complète en vertu du décret du 22 juillet 1806, assez proche de celle que d'Aguessau avait donné au Conseil du Roi statuant en matière contentieuse (85). En revanche, la Cour des comptes, les Conseils de Préfecture, les jurys de révision de la garde nationale (ancêtres des actuels conseils de révision) et les quelques autres juridictions spéciales (86) se trouvent placés devant un certain vide juridique qu'il importe de combler (87).

Deux possibilités s'offraient au Conseil d'Etat, juge administratif suprême :

— ou il renouait explicitement ou implicitement avec la réglementation antérieure à la Révolution;

— ou il créait, *ex nihilo*, au moins en apparence, des règles nouvelles applicables aux quelques juridictions administratives existantes.

Le Conseil d'Etat a opté pour la seconde voie en la précisant progressivement.

A. — Les bases des principes généraux.

36. — La création de règles procédurales propres au contentieux administratif dépendait de prises de position intellectuelles et méthodologiques. Le contentieux administratif devait-il renier toute allégeance à l'égard du droit et de la procédure civile, comme il l'avait fait vis-à-vis de l'Ancien droit ? Le Conseil d'Etat n'a succombé ni aux délices de la révolte, ni au confort de la servitude. La procédure administrative procèdera à des emprunts auprès de la procédure civile, mais recherchera également des appuis dans le droit naturel ou dans la législation administrative naissante.

37. — *Les influences du droit naturel.* Les théories et conceptions du droit naturel président aux initiatives jurisprudentielles du Conseil d'Etat. Les droits de la défense qui vont commencer à être respectés devant les juridictions administratives en sont imprégnés. On n'hésite pas à identifier certaines juridictions administratives à des juridictions répressives pour que les garanties fondamentales soient accordées au justiciable. Avec une certaine emphase, le commissaire du gouvernement Robert déclarait : « le principe engagé dans cette question est

(85) Le règlement du 28 juin 1738 codifiait la procédure suivie par le Conseil de Roi ; il avait été pris sur l'initiative d'Aguessau.

(86) Cf. énumération des différentes juridictions administratives, *in* Aucoc, « Conférences sur l'administration et le droit administratif », T. 1, pp. 558-578, II^e^, éd. Dunod, 1878.

(87) Certaines juridictions éphémères sont encore plus défavorisées : commission pour la liquidation des indemnités de St-Domingue (Loi du 20 avril 1826), Commission pour la répartition des dommages résultant de l'insurrection de 1871 (Loi du 7 avril 1873) ; Commission pour le rachat des ponts à péage (Loi du 30 juillet 1880 ; Commission pour l'allocation aux victimes du coup d'Etat du 2 décembre (loi du 31 juillet 1881).

« fondamental; il ne s'agit rien de moins que du droit de la défense, « dont le libre exercice doit appartenir à tout inculpé. Le Conseil « impérial (de l'Education Nationale) statue sur des questions qui « touchent l'honneur... On doit trouver devant lui les garanties dont « aucune juridiction répressive ne peut s'affranchir » (88). En 1913, le commissaire Corneille demande au Conseil Supérieur de l'Instruction publique de recourir à l'audition de tout « inculpé » qui tient ce droit de sa qualité de justiciable (89). A cette époque, le juge administratif ne tente pas toujours de rattacher un Principe de procédure à des textes préexistants. L'absence de textes l'incite à rechercher des règles supérieures, dites « fondamentales », qui devraient s'appliquer à l'ensemble des juridictions. Parallèlement au juge administratif, la Cour de cassation invoque expressément le droit naturel et les garanties sacrées reconnues à l'Homme en sa qualité de justiciable (90). Les limites inhérentes au droit naturel ont permis, dans les domaines autres que celui des droits de la défense, l'élargissement des textes existants.

38. — *L'élargissement des textes existants.* Seul un dépassement de la législation permet de faire face aux nécessités procédurales. Les textes généraux organisent les recours devant les grandes juridictions. Le recours en « incompétence » est ouvert en vertu de la loi du 7-14 octobre 1790. Ce sera la base de tout le contentieux de la légalité; la loi de 1790 est déclarée, en dehors de tout impératif législatif précis, applicable à l'encontre des décisions des jurys de révision (91). Le problème du recours en cassation contre certaines décisions de la Cour des comptes doit être « *résolu sur la base des principes généraux du droit* » (92). C'est pourquoi, les décisions portant « déclaration de la compatibilité de fait » (93) sont des décisions définitives et non interlocutoires. La première étape du développement du double degré de juridiction est marquée en 1865, par un arrêt de Madre (94) : Contrairement à la solution qui prévaut en matière civile, tous jugements rendus en premier ressort, quel que soit le montant des intérêts en jeu, peuvent être déférés par voie d'appel au juge supérieur dès lors qu'un texte n'en dispose pas autrement. Le juge admi-

(88) C.E., 23 janvier 1864, Petit-Colas, concl. Robert, Rec., p. 51.

(89) C.E., 20 juin 1913, Téry, concl. Corneille, Rec., pp. 737 et s. La solution retenue peut être comparée à celle de l'arrêt du 10 août 1918, Villes concl. Berget, Rec., pp. 841 et s.

(90) Voir *infra*, II[e] partie, p. 384 : Les droits de la défense.

(91) Voir *infra*, II[e] partie, p. 320.

(92) C.E., 17 janvier 1896, Leroux de Bretagne, conclusions Jaegerschmit, Rec., p. 51.

(93) La Cour des Comptes possède une compétence générale : elle est le juge de droit commun de tous les comptes de denier public, ce qui comprend la comptabilité de fait. Voir TROTABAS, « Finances Publiques », Précis Dalloz, 1964, p. 234 ; C.E., 17 janvier 1896, Leroux de Bretagne, conclusions Jaeger Schmidt, Rec., p. 51.

(94) C.E., 24 mai 1865 de Madre, Rec., p. 310.

nistratif n'entend pas être jugulé par la pauvreté de la législation administrative. Vaine aurait été l'œuvre révolutionnaire et napoléonienne si le Conseil d'Etat n'avait pas interprété largement une réglementation qui se souciait assez peu des intérêts des particuliers (95).

39. — *Le recours au Code de procédure civile.* La formation civiliste qu'ils avaient reçue a conduit naturellement les juges administratifs à explorer le Code de procédure civile pour faire face aux failles de la procédure administrative contentieuse. Mais le Code de procédure n'a jamais été applicable par lui-même et n'a pas constitué une source supplétive de la procédure administrative (96). Certaines de ses dispositions étaient cependant formellement applicables (97) alors que d'autres ont été introduites par le juge administratif. Quelques auteurs de l'époque préconisent une fusion des deux procédures qui se traduirait par une soumission de la procédure administrative au droit judiciaire. Laferrière s'oppose à Cormenin et Jacquelin en mettent en relief des « principes fondamentaux de la technique juridique » et des « règles générales de la procédure ». Il se conforme aussi au mouvement jurisprudentiel qui qualifie de « *règle générale de la procédure applicable à toutes les juridictions* » toutes les techniques qui paraissent avoir été influencées par le Code de procédure. L'influence alléguée n'est souvent due qu'au parallélisme des institutions procédurales qui n'entame pas l'autonomie relative de chacune des procédures (98).

La multiplicité des modes de développement de la procédure contentieuse entraîne une notion assez hétérogène de principe général de procédure.

B. — L'indétermination de la notion de principe général.

40. — L'éclosion des règles non écrites pendant le premier siècle du droit administratif moderne ne fut pas enregistrée avec la même acuité par tous les auteurs.

41. — Laferrière demeura longtemps le seul à être pénétré d'une vue prémonitoire du développement futur des principes généraux de procédure (99). Il écrit très clairement ses conceptions au sujet du recours en cassation : « Les attributions du Conseil d'Etat, comme

(95) Cf. *infra*, II[e] partie, « Les droits de la défense ». Développement historique. Nous pouvons également citer le principe du recours préalable dégagé dès 1881 (C.E., 13 avril 1881, Bansais, concl. Le Vavasseur de Précourt, Rec., p. 432 et voir *infra*, II[e] partie, Ch. I[er], p. 240).

(96) Cf. *infra*, Ch. I[er], pp. 79 et s.

(97) La loi du 22 juillet 1889 en son article 60 se réfère au Code pour les dispositions relatives aux jugements susceptibles de faire l'objet d'un appel (jugements préparatoires et interlocutoires), l'article 41 du même texte renvoie aux articles 378 et suivants du Code en matière de récusation des juges.

(98) Cf. *infra*, p. 80.

(99) Cf. *infra*, I[re] partie, p. 314, la théorie générale de Laferrière.

« juge de cassation, s'exercent à l'égard de tous les tribunaux adminis-
« tratifs, statuant en dernier ressort.

« Ce principe s'applique aux décisions juridictionnelles... parce
« qu'il importe... de vérifier les compétences et d'assurer les obser-
« vations des formes légales. Aussi n'y a-t-il pas de tribunal adminis-
« tratif spécial qui ne soit soumis au contrôle du Conseil d'Etat, de
« même qu'il n'y a pas de tribunal judiciaire dont les excès de pou-
« voir ne peuvent être réprimés par la Cour de cassation, alors même
« que les autres violations de la loi échapperaient à sa censure. *Un*
« *texte n'est donc pas nécessaire pour autoriser le recours en cassa-*
« *tion devant le Conseil d'Etat, il en faudrait un pour l'interdire et*
« *encore cette interdiction devrait-elle être prononcée en termes for-*
« *mels et explicites.* Elle ne résulterait pas, par exemple, d'une
« disposition législative portant que telle juridiction spéciale rend
« des décisions "définitives", qu'elle prononce "sans recours" ».

La lecture de ces quelques lignes malgré leur limpidité, qui ne peut être qu'altérée par un commentaire, appelle trois remarques :

1) Les dernières phrases donnent l'impression d'avoir été reprises *expressis verbis* non seulement des arrêts d'Aillières (100), Fauchon, de Grandmaison, Baréty (101) mais aussi de l'arrêt Dame Lamotte (102).

2) Ce texte résume parfaitement les caractères fondamentaux des principes généraux de la procédure.

3) Laferrière envisage le recours en cassation comme un véritable principe général de procédure : il emploie, notamment le terme de « Principe » et il analyse le recours en cassation tel qu'il se posera en 1947 dans l'affaire d'Aillières : Compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours en cassation contre les décisions de toutes les juridictions administratives, même si le texte qui leur a donné naissance prévoit qu'elles statuent « sans recours ».

42. — Quelques années après, Hauriou développera ses intuitions (103) dans des notes consacrées aux arrêts Winkell et Tichit (104). Le droit de grève fait-il ou non partie soit de ces « principes fondamentaux de l'organisation de l'Etat », soit des « principes juridiques supérieurs » ? Leur caractère imprescriptible impose leur respect absolu, car les uns et les autres sont « tirés de grandes idées civilisa-
« trices qui ont fait la civilisation sédentaire ». Mais quelle peut être la nature de tels principes ? L'œuvre du doyen Hauriou, en ce domaine, est celle d'un arrêtiste et l'auteur ne satisfait pas pleinement la curiosité de ses lecteurs lorsqu'il écrit que la « superlégalité constitu-

(100) C.E. d'Aillières, précité, 7 février 1947, Rec. p. 70, voir *infra*, II[e] partie.
(101) Arrêts rendus en Assemblée plénière le 2 mai 1947, J.C.P., 1947.3841, note J. B.
(102) Voir C.E., 17 février 1950, Rec., p. 110.
(103) Voir *infra*, pp. 56-57.
(104) Cf. *infra*, pp. 56 et C.E. Ass., 7 août 1909, Winkell, S. 1909.III.145 ; C.E. Ass., 1[er] mars 1912, Tichit, S. 1913.III.137.

tionnelle » comprend non seulement la loi constitutionnelle mais « tous les principes fondamentaux du régime, c'est-à-dire tant les « principes de l'ordre individualistes qui sont à la base de l'Etat que « les principes politiques qui sont à la base du gouvernement » (105). La nature des principes généraux est contingente de la conception générale que le doyen Hauriou se fait du droit.

Mais, les contemporains de Hauriou s'étaient abstenus de toute tentative de synthèse ou, plus modestement, de tout essai d'explication. Des auteurs tels que Aucoc décrivent l'ensemble des règles procédurales suivies par les différentes juridictions sans percevoir l'importance des règles non écrites. Ils enregistrent cependant le développement extraordinaire du recours pour excès de pouvoir qui repose « sur le principe que tout acte émané d'un agent de l'administration « peut être attaqué devant le Conseil d'Etat... lors même que la ma- « tière serait de celles où l'appréciation des intérêts qui sont en jeu « a été laissée d'une manière discrétionnaire à l'administration » (106).

43. — Le Conseil d'Etat facilite l'épanouissement des institutions et techniques procédurales, mais ne cherche ni à sérier, ni à préciser la nature des règles non écrites. Les commissaires du gouvernement les rattachent à des principes « généraux » ou « fondamentaux » du droit public; les uns touchent les règles de fond du droit : l'arrêt Winkell de 1909 (107) pose les prémisses des futurs principes généraux du droit; les autres s'attachent à résoudre ce qu'il est convenu d'appeler les « lacunes » (108) existant en procédure. Le principe de procédure est alors une notion indéfinie et une règle d'interprétation. C'est ce qu'entend le Conseil d'Etat lorsqu'il réprime, dans le silence des textes « la violation par un Conseil de Préfecture des règles fondamentales « de son organisation et de la procédure qui doit être suivie « devant lui » (109).

44. — Hormis la lucidité de quelques auteurs, la notion de principe est fort peu définie, qualifiée aussi facilement par le Conseil d'Etat de « règle générale de procédure » que de « principe » (de Madre, Téry, Villes) (110). Elle n'a pas pour objet de limiter l'action des autorités administratives ou législatives, mais seulement de combler les failles de leur œuvre. Le principe est innomé et ne dispose d'aucune valeur juridique déterminée, il n'est qu'indirectement un garant de la légalité en la rendant applicable de plein droit là où le législateur ne l'avait pas protégé expressément. La période suivante éclairera davantage la nature et la valeur des règles non écrites.

(105) Précis de droit constitutionnel, p. 296.
(106) Aucoc, *op. cit.*, T. I, pp. 460 et s.
(107) C.E., 7 août 1909, Winkell, conclusions Tardieu, note Hauriou, S. 1909. 3.145.
(108) C.E., 24 novembre 1909, Testud et Besson/commune de Lanarce Si 1907. III.123.
(109) Sur la notion de lacune, voir *infra*, Ch. I[er], pp. 52 et s.
(110) Voir *supra*, p. 28.

§ 2. — Les principes généraux de procédure, moyen de contrôle du Conseil d'Etat sur les juridictions administratives (1918-1944).

45. — De 1918 à 1944, le Conseil d'Etat fait preuve d'un certain autoritarisme et entend contrôler efficacement l'œuvre des juridictions qui lui sont subordonnées. Les principes dégagés sanctionnent les juridictions, protègent les justiciables, mais ignorent le législateur et le pouvoir exécutif. A l'écart de toute influence philosophique, la Haute Assemblée administrative introduit un réseau de règles et principes qui domineront et unifieront la procédure à suivre par toutes les juridictions administratives. Les principes généraux de procédure négligent le droit à l'action, mais renforcent le droit des parties dans l'instance et imposent certaines obligations rigoureuses à la juridiction. Les deux décennies considérées constituent la seule période « technique » du Conseil d'Etat; elles contrastent avec le bouillonnement doctrinal et jurisprudentiel qui caractérise le siècle précédent et l'immédiat l'après-guerre (1944-1950).

A. — La multiplication des juridictions administratives (111).

46. — La rigueur de la Haute Assemblée est due aux créations, éphémères ou durables, qui ont suivi la première guerre. L'organisation juridictionnelle existante était incapable de faire face aux situations de crise. Le législateur, aux prises à d'innombrables problèmes de réparation, de reclassement et de réorganisation dus à la guerre et à la crise économique, crée, à la hâte, des organismes juridictionnels imparfaits. Le rattachement de l'Alsace et de la Lorraine à la France n'entraîne pas une assimilation juridictionnelle immédiate. Il subsiste dans ces régions un certain nombre d'organismes administratifs dits de « droit local » que le Conseil d'Etat encadrera étroitement (112). La loi du 31 mars 1919, en consacrant un droit à pension en faveur des victimes civiles et militaires de la guerre, donnait naissance à une juridiction administrative des pensions, présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire (113). Des « commissions supérieures des Bénéfices de guerre » (loi du 1er juillet 1916), une « commission

(111) Sur l'ensemble de la question. Cf. de Font-Reaulx, « Les pouvoirs du Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs », Lib. Sirey, 1930, pp. 10-55 et J. Laferrière (voir note suivante).

(112) Il existait notamment un tribunal administratif d'Alsace-Lorraine, un tribunal administratif de la ville de Strasbourg, des commissions de taxation pour les impôts locaux, etc. Voir Bitarana, « Les tribunaux administratifs spéciaux et la séparation entre l'administration et la juridiction », Thèse, Bordeaux, 1935, pp. 18-35 et de Font-Reaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres Tribunaux administratifs », Thèse, Poitiers, 1930, pp. 28-52. J. Laferrière, « La réforme de la juridiction administrative », R.D.P., 1920, pp. 553 et s. ; 1921, pp. 133 et s.

(113) Voir *supra*, Introduction, p. 22.

de classement des établissements de luxe » (loi du 31 décembre 1917) complétaient les juridictions fiscales existantes. Les décisions des commissions sociales et disciplinaires (114) qui avaient vu le jour dès avant la première guerre font l'objet, à cette époque, d'une censure sévère de la part du Conseil d'Etat. Toutes ces juridictions nouvelles présentent un trait commun : elles sont de composition paritaire et généralement non professionnelle. Compétents pour régler les litiges au fond, les magistrats non professionnels ignoraient tout des règles essentielles de procédure qu'ils devaient respecter. L'œuvre du Conseil d'Etat va s'intensifier dans une double direction. Il généralisera l'ensemble des voies de recours et développera les institutions procédurales précises.

B. — La censure du Conseil d'Etat.

47. — Le Conseil d'Etat a pour souci essentiel d'intensifier le réseau des voies de recours, de protéger les justiciables et d'assurer un contrôle efficace de tous les actes juridictionnels.

48. — Par une décision Leroux du 12 juillet 1929 (115), la section contentieuse du Conseil d'Etat estime qu'un jugement, dès lors qu'il a été rendu en dernier ressort, est susceptible d'être « déféré pour excès de pouvoir » au Conseil d'Etat. Il n'est aucune juridiction administrative qui puisse s'affranchir de la tutelle du Conseil d'Etat. Après avoir assuré sa suprématie par le recours en cassation, le Conseil d'Etat ouvre toutes les autres voies de recours et de rétractation au justiciable : Les principes de l'opposition (116), de la tierce-opposition du recours en rectification d'erreur matérielle (117) protègent les intérêts des parties et des tiers.

49. — L'efficacité de ces voies de recours est assurée par des principes secondaires : principes des effets dévolutifs et suspensifs de l'appel; principes selon lequel toute partie à l'instance peut relever appel, règle générale relative à la recevabilité des conclusions reconventionnelles. Toute juridiction, depuis 1922, en vertu de l'un des premiers principes généraux expressément formulé (C.E. Legillon (118), est astreint au secret des délibérés. En 1928, il est rappelé sept fois

(114) Commission centrale d'assistance de la loi de 1905, à laquelle le C.E., (Moïse, 12 juin 1944) reconnut la qualité de juridiction d'appel. Pour les autres juridictions, cf. de Font-Reaulx, *op. cit.*, pp. 98-105. En matière disciplinaire : les Conseils de l'Université créés par la loi du 10 juillet 1896. On peut citer, en matière économique, les commissions départementales de reconstitution foncière (loi du 4 mars 1919 et décret du 20 septembre 1920) C.E., 17 décembre 1922, Legillon, Rec. p. 849 ; C.E., 19 novembre 1924, Dusigne, Rec. p. 912.

(115) C.E., 12 juillet 1929, Rec., p. 710. Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 316 et s.

(116) C.E. Ass., 9 juin 1939, Caubet, Rec. p. 382, cf. *infra*, II[e] partie, pp. 340 et s.

(117) C.E., sec., 4 février 1931, « Sté des automobiles "Berliet" », Rec. p. 140. Cet arrêt a été longtemps considéré comme une décision inaugurale. Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 361 et s.

(118) C.E., 17 décembre 1922, Rec., p. 849.

à la commission de classement des Etablissements de luxe « qu'un jugement doit porter sur tous les points de droit soumis par les parties » (119). Le Conseil d'Etat annule chaque décision qui viole ces principes ou règles générales de procédure.

50. — Les droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure commencent également à prendre forme à cette époque. Il est rappelé à la juridiction l'obligation qu'elle a de mettre en cause le défendeur pour qu'il se trouve à même de présenter ses moyens de défense (120). Les parties qui en font la demande doivent obtenir, sans restriction, communication de tous les éléments du dossier (121) pour que soient pleinement assurés les droits de la défense.

C. — L'indifférence de la doctrine face au développement des principes généraux de procédure.

51. — Le contrôle sans relâche du juge supérieur n'a pas entraîné un approfondissement de la notion de principe général. Il est plus souvent innomé que formellement exprimé et reçoit fréquemment la qualité de règle générale de procédure bien qu'il présente tous les caractères du principe (122). Mais comment réagit la doctrine à cette époque ? Elle se désintéresse pratiquement de ces principes purement techniques, cette attitude ne serait que regrettable si les principes généraux du droit n'avaient pas été entourés de la même indifférence. Des voix isolées s'élèvent cependant au sein du Conseil d'Etat. M. Latournerie (123) fait reconnaître à la Haute Assemblée l'existence du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et accorde aux principes généraux une valeur « supérieure ». Les principes continuent d'apparaître comme des règles *d'interprétation*, au cas d'insuffisance législative ou réglementaire apparente. Le législateur et l'administration se trouvent, en règle générale, placés en dehors du champ des recommandations formulées par la Haute Assemblée. La période suivante ne les épargnera pas. La doctrine s'éveillera et se passionnera pour ces règles non écrites que le Conseil d'Etat multiplie à profusion.

§ 3. — Les principes généraux de procédure contre les autorités législatives et réglementaires (1944-1961).

52. — Les quinze années qui suivent la fin de la deuxième guerre sont marquées par un épanouissement sans précédent des principes

(119) Cf. *infra*, II[e] partie, «Les principes relatifs à la juridiction ».

(120) C.E., Sec., 6 février 1931 : « Syndicat normand du coton et de la filature », Rec., p. 154, *infra*, II[e] partie, « Les droits de la défense », pp. 434 et s.

(121) C.E., 11 avril 1919, Gachies, Rec., p. 366 ; C.E., 8 novembre 1933, « Association "Le Souvenir" », Rec., p. 1033.

(122) Sur les règles générales de procédure, voir *infra*, pp. 169 et s.

(123) C.E., 20 décembre 1935, Etablissements Vézia, concl, Latournerie, R.D.P., 1936, p. 119.

généraux du droit et de la procédure. Il n'est plus un secteur de l'activité administrative qui ne soit régi ou dominé par l'application d'une règle non écrite. L'enchevêtrement des principes a été, fort heureusement, accompagné d'une clarification de leur nature et de leur valeur. Leur réseau implacable contraint désormais le pouvoir exécutif et doit être ménagé par le législateur.

A. — Les causes du développement des principes généraux.

53. — Les unes tiennent aux autorités politiques et administratives; les autres doivent être trouvées chez le juge lui-même.

54. — *L'attitude des pouvoirs politiques et administratifs.* L'ébranlement subi par l'Etat de droit depuis 1940 n'a pas cessé avec le rétablissement de la légalité républicaine à la fin des hostilités. Le législateur du régime de Vichy n'était autre que le chef du gouvernement. L'autoritarisme du nouvel ordre politique, joint aux difficultés nées de l'occupation du territoire par l'ennemi, engendrent une législation peu soucieuse de respecter les droits et garanties essentielles des citoyens. C'est ainsi que la loi du 9 avril 1943 supprimait « tout recours » contre les décisions de classement des terres incultes (124). Par la suite, le législateur provisoire qui succèda aux autorités de Vichy voulut mettre sur pied une épuration rapide et efficace : les jurys d'honneur, juridictions administratives devaient statuer « sans recours » (125). Le législateur de la IV[e] République agit de la même façon à l'égard du Bureau de la Cour de cassation (126). On dénote entre 1944 et 1948, un excès d'autoritarisme pour lutter contre l'autoritarisme antérieur. Un état d'esprit identique règne chez les autorités administratives. L'instabilité ministérielle. loin de paralyser leur action, facilite celle des agents supérieurs de l'administration dont les projets de décisions sont entérinés par les ministres responsables. Ces agents parent l'inefficacité qui résulterait de l'instabilité par une réglementation rigoureuse qui ne tient pas toujours compte des intérêts des citoyens, en général, et des justiciables, en particulier : ils veulent maintenir un Etat cohérent et fort, alors que l'on se trouve en présence d'un « Etat à éclipses » (127).

(124) Voir *infra*, C.E., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture/dame Lamotte, R.D.P., 1951, p. 478, G.A.J.A., p. 318.

(123) Art. 18, al. 3 de l'ordonnance du 21 avril 1944, modifiée par celle du 6 février 1945. Voir *infra*, p. 77 et II[e] partie, pp. 213 et s., C.E., 7 février 1947 d'Ailliè-res, concl. Odent, note Waline, R.D.P., 1947, p. 68, note Morange, J.C.P., 1947.II. 3508, G.A.J.A., p. 273.

(126) Art. 7 de la loi du 1[er] février 1947, C.E. Falco et Vidaillac, conclusions Donnedieu de Vabres, Gaz. Pal., 1953.I.300, note Liet-Veaux, Rev. Adm., p. 265, note Mathiot, S. 1953.3.33 ; note Eisenmann, D. 1955.J.683, note Waline, R.D.P., 1953, p. 448, G.A.J.A., p. 377.

(127) Pour éviter cet « Etat à éclipses », M. Gazier encourageait le développement des prérogatives du pouvoir réglementaire, concl. sous C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, J.C.P., 1950.II.5681, Dt Social, 1950, p. 317, Rev. Adm., 1950, p. 366.

55. — Plus encore que le législateur et le pouvoir réglementaire le Constituant de 1958 a donné l'impression de remettre en cause les principes traditionnels de la légalité. Le développement d'un pouvoir réglementaire autonome, libéré au moins en apparence, de toute sujétion par rapport à la loi écrite, n'allait-il pas rejeter toute dépendance vis-à-vis des principes du droit ou de la procédure ? Son intégration dans la hiérarchie des normes juridiques posait des problèmes que n'avait cessé d'accroître l'abondance des législations et réglementations hâtives, fragmentaires et parfois contradictoires. Le législateur, et maintenant le pouvoir réglementaire, tracent seulement le canevas des organismes qu'ils créent. Ils n'ont cure ni de les qualifier ni de les soumettre à des règles juridiques suffisantes. Pour réagir contre cette situation, la jurisprudence ne va-t-elle pas devenir une « source abusive de droit » (128) ?

56. — *Les causes tenant au juge* (129). Le Conseil d'Etat veut mettre un frein au recul de l'Etat de droit et se donne pour mission d'être une sorte de « gardien des institutions », malgré les barrières constitutionnelles et législatives qui s'y opposent (130). S'il accepte la socialisation des institutions, il entend qu'elle ait pour corollaire l'épanouissement de l'individu et du citoyen. Ce double impératif est inscrit dans une législation dense mais fragmentaire et dans des textes solennels (Déclaration des droits de 1789, Préambule de la Constitution de 1946) qui servent tant au fondement qu'à l'application des principes généraux (131). Gardien des institutions, le Conseil d'Etat devient également un « juge qui gouverne » (132). Ses décisions s'imposeront avec une force spéciale grâce à la qualification de « Principes » données aux règles dégagées par lui. Les autorités administratives y seront totalement soumises (C.E. Vernon (133), le législateur ne pourra y déroger qu'expressément, C.E. d'Aillières [134]).

B. — Les manifestations du développement des principes généraux de procédure.

57. — Les principes généraux de procédure, comme ceux du droit, affleurent véritablement au niveau de la jurisprudence à partir de 1944 (135). De nombreux principes apparaissent tandis que leur statut s'affirme.

(128) O. Dupeyroux, *loc. cit.*, pp. 349 et s.
(129) Voir également, *infra*, pp. 107 et s.
(130) Cf. *infra*, « La primauté théorique de la loi écrite ».
(131) Cf. *infra*, Ch. 2, pp. 137 et s.
(132) Cf. M. Rivero, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? » D. 1951, Chron. pp. 16 et s.
(133) Voir *infra*, p. 37, note (136).
(134) C.E., 7 février 1947, Rec. p. 70. V. *supra*, p. 66.
(135) Cf. B. Jeanneau, « Les principes généraux du droit », Thèse, L.G.D.J., 1954, C.E., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier (droits de la défense, actes administratifs), conclusions Chenot, note de Soto, D. 1945.J.10, note Jèze, R.D.P.,

1. — *L'apparition des principes expressément formulés.*

58. — L'éclosion des principes est générale. Elle commence en matière procédurale pour se répandre ensuite dans toutes les autres branches du droit public. Les règles de la légalité et les garanties offertes au justiciable seront les bénéficiaires de ce renouveau. Le principe du double degré de juridiction constitue un début discret du vaste mouvement jurisprudentiel qui va se poursuivre pendant plusieurs années. Le commissaire du gouvernement Chenot voit en lui « un principe général de procédure qui consacre une garantie « essentielle aux intérêts des plaideurs et à l'intérêt supérieur de la « justice » (136). Discuté par la doctrine (137), l'arrêt Vernon sera suivi de décisions plus importantes rendues par l'Assemblée du Conseil d'Etat. Le principe de la légalité sera désormais sauvegardé par deux principes de procédure. En 1947, le recours en cassation est ouvert, en dépit de tout texte apparemment contraire, contre les décisions rendues en dernier ressort par les jurys d'honneur (C.E. Ass., 7 février, d'Aillières) (138). Plus importante que la légalité juridictionnelle, la légalité administrative devait être également garantie. Cette conquête est réalisée à l'occasion d'un arrêt, dame Lamotte, qui fait du recours pour excès de pouvoir un principe général (C.E., 17 février 1950) (139). La jurisprudence postérieure confirme ce mouvement général qui ne souffre pas d'exception notable (140). On tient même à faire du recours administratif préalable un principe général de procédure (C.E. Quéralt) (141) qui renforcera les règles de la légalité en dehors même de l'action contentieuse.

Les droits de la défense font également l'objet d'une sollicitude particulière. Le justiciable doit être averti de l'existence et du déroulement de toute procédure (C.E. Bergery) (142). Les droits de la

1944, p. 256 ; C.E., 26 octobre 1945 (droits de la défense, épuration) Aramu, Belloir, Mattei et Champion, concl. Odent, S. 1946.3.1 ; note Morange, D. 1946.J.158 ; C.E., 5 avril Daupeyroux (droits de la défense, concl. Odent, Et. et Doc., 1947, p. 56) ; C.E., 25 juin 1948 « Sté du Journal "L'Aurore" (rétroactivité des actes administratifs) conclusions Letourneur, S. 1948.3.69, note Waline, D. 1948.J.437, note Mestre, J.C.P., 1948.II.4427 ; rappelons les arrêts précités Vernon (double degré de juridiction), d'Aillières (recours en cassation), etc.

(136) Concl. Chenot sur C.E., 4 février 1944, Vernon, R.D.P., 1944, p. 171.

(137) M. de Soto refuse d'accepter ce point de vue.

(138) Cf. *supra*, p. 35.

(139) C.E. Ass., 17 février 1950, concl. Delvolvé, note Waline, R.D.P., 1950, p. 478.

(140) C.E., Falco et Vidaillac, 17 avril 1953, Rec., p. 71 et voir *supra*, p. 13. C.E., 17 mai 1957, Simonet, concl. Heumann, S. 1957, p. 351, note Jeanneau, D. 1957.J.580. Voir cependant l'effacement d'un principe général de procédure devant une loi. C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, concl. Delvolvé, S. 1951.3.74.

(141) C.E. Cass., 30 juin 1950, Queralt, concl. Delvolvé, Dt social, 1951, p. 246, note Auby, S. 1951.3.85.

(142) C.E., Sec. 24 mars 1950, Rec. p. 187.

défense sont ainsi moins fractionnaires qu'auparavant et vont recouvrir progressivement toutes les phases de l'instance. Ils sont renforcés par un principe dont le germe se développe depuis un siècle, celui du caractère contradictoire de la procédure. Entre 1944 et 1955, les termes mêmes de « principe général du droit » ou de la « procédure » deviennent familiers et acceptés avec enthousiasme par tous. Sous l'impulsion de quelques commissaires du gouvernement, le Conseil d'Etat reprend, à son compte, l'expression et l'applique à un rythme accéléré. Il baptise même rétroactivement « principe général » des notions jurisprudentielles qu'il avait dégagé depuis longtemps et facilite ainsi l'œuvre des commentateurs.

En 1951, M. Rivero (143) et Letourneur (144) analysent l'ensemble des principes généraux du droit, sans faire une place particulière aux principes de procédure. MM. Morange, de Soto, Waline s'y intéressent également (145). En 1954, M. Jeanneau leur consacre une thèse très riche (146). Le réseau des principes de procédure est de plus en plus fourni et intense. Il devient même implacable par la valeur qui est conférée aux principes.

2. — *Les discussions relatives à la nature et la valeur des principes.*

59. — Le développement soudain des principes généraux de procédure surprend tous les observateurs. On invoque, on constate et on applique les Principes avant de rechercher leurs caractères originaux.

60. — M. Letourneur oriente les développements futurs en insistant sur la valeur prééminente des principes généraux dans notre ordre juridique. Il fait reposer son étude sur une série de conclusions rendues dans des affaires célèbres depuis plusieurs années (147) et sur un ensemble d'articles importants parus dans les « Etudes et Documents du Conseil d'Etat » (148). Les principes sont « supérieurs et antérieurs » à la législation, ils s'imposent même au législateur (149).

(143) « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? », D. 1951, chr. p. 22.

(144) « Les principes généraux du droit », Et. et Doc. du C.E., 1951, pp. 42-50.

(145) M. Morange, « Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits », R.D.P. 1945, p. 229, note sous Aramu et Tabti, D. 1946.J.158.

(146) M. Jeanneau, « Les principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative », Préf. de M. Rivero, Thèse, 1954, L.G.D.J. 285 pages.

(147) Concl. Chenot dans l'affaire Guiyesse, 4 février 1944, R.D.P. 1944, p. 169. Concl. Letourneur sur l'affaire l'Aurore (C.E., 25 juin 1948) S. 1948.3.69. Cf. également références, en notes pages précédentes.

(148) Voir références précédentes et cf. « Livre jubilaire du Conseil d'Etat ». Le Président Cassin, M. Latournerie et le Président Bouffaudeau consacrent aux principes généraux une partie de leurs articles.

(149) M. Delvolvé, concl. précitées.

Les « faiseurs de systèmes » (150) vont succéder aux voies autorisées du Conseil d'Etat. La doctrine ne tarde pas à s'intéresser à ces règles qui bouleversent les conceptions traditionnelles de notre Droit et au rôle qui revient au Conseil d'Etat dans la création des principes généraux. N'est-ce pas pour cela qu'un article retentissant de M. Rivero est intitulé : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne » (151) ? Désireux d'endiguer les débordements de la Haute Assemblée, M. Rivero, lui lance cet avertissement : « N'y a-t-il pas « dans les principes généraux un élément d'incertitude grave, une « tentation pour l'arbitraire du juge ? N'y a-t-il pas plus de sécurité, « plus de stabilité pour l'individu dans le règne de la loi même mal « faite, que dans l'action du juge même bienfaisante » ? Malgré leurs origines hétérogènes (152) les principes généraux sont des règles infraconstitutionnelles (153). Le trouble est jeté dans les esprits, les interventions du juge administratif seront plus discrètes mais tout aussi efficaces. Les références aux principes généraux se multiplient, les affirmations de principe deviennent rares.

Le retour à la sérénité permet à M. Jeanneau de les analyser systématiquement et d'en ébaucher une synthèse. Que sont ces règles, ces principes généraux et quelle valeur ont-ils ? L'auteur ne prend pas nettement partie, dérouté par l'impétuosité du flot jurisprudentiel. Tour à tour, il accorde aux principes généraux valeur législative et valeur constitutionnelle, tout en montrant sa préférence pour la seconde (154). La jurisprudence du Conseil d'Etat reste inébranlable. Le juge s'oppose discrètement au législateur dans plusieurs affaires : *d'Aillières, ministre de l'Agriculture, contre dame Lamotte, Falco et Vidaillac* (155). M. Delvolvé n'écrit-il pas dans ses conclusions sur l'affaire Lamotte que le principe de la légalité contraint le « législa- « teur lui-même parce qu'une loi qui le méconnaîtrait contiendrait « en elle-même un principe de contradiction puisqu'elle permettrait « aux autorités administratives d'agir arbitrairement au mépris des « règles de fond ou de forme posées par elle » (156) ? Pour finir, M. Fournier propose de reconnaître des principes législatifs et des principes constitutionnels (157). N'était-ce pas là un moyen habile de s'adapter aux bouleversements qu'auraient engendré le pouvoir réglementaire autonome de la Constitution du 4 octobre 1958 ? Cette surenchère n'était pas utile, l'indépendance du règlement autonome,

(150) M. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », D. 1951, chr. p. 99, Ch. XXIII, pp. 99-102.
(151) Dalloz 1951, ch. pp. 21-24.
(152) *Loc. cit.*, p. 22.
(153) *Loc. cit.*, p. 22.
(154) Cf. *infra*, pp. 58 et s.
(155) Voir références pages précédentes.
(156) R.D.P., 1951, p. 484.
(157) Cf. *infra*, p. 147, concl. Fournier sous C.E. Ass., plan 26 juin 1959, R.D.P. 1959, p. 1004 ; note Drago, S. 1959, p. 202, note Combarnous, Galabert, A.J.D.A., 1959.I.153, note Georgel, Rev. adm., 1959, p. 381, G.A.J.A., éd. 1962, p. 466.

par rapport à la loi formelle, ne faisait pas disparaître sa soumission à la loi matérielle que représente le principe général (158).

Pendant toute cette période, on constate une certaine différence de ton entre les affirmations préremptoires des commissaires du gouvernement (159) et la rédaction discrète des arrêts du Conseil d'Etat. Tout se passe comme si les premiers accordaient une valeur supralégislative aux principes alors que la Haute Assemblée observait une stricte orthodoxie en ne dépassant jamais la force législative (160).

Placer les règles non écrites dans la hiérarchie des normes juridiques n'est pas le seul souci des apôtres des principes généraux. Des discussions vont naître également sur leur nature réelle. M. Morange anime la polémique en affirmant que tous les principes peuvent être « dégagés » de la législation existante. Toutes les lois depuis 150 ans « sans jamais proclamer ces principes en ont fait une constante « application ». En praticien du droit, M. Letourneur cerne de plus près la nature de ces principes qu'applique le Conseil d'Etat : « Il « ne peut le faire que par interprétation de la volonté du législateur ». Mais les principes sont plus que des règles interprétatives, ce sont également des règles créatrices de droit : « Quand le juge ne trouve pas, « dans un texte écrit, la solution du litige qui lui est soumis, il est « nécessairement conduit à appliquer ces mêmes principes que le « législateur a pour guide » (161). La méthode exégétique qui fait des principes des prolongements du droit écrit ne satisfait pas le doyen Jeanneau pour qui des techniques nouvelles doivent répondre au phénomène nouveau qu'est le principe général. Celui-ci serait une « source autonome du droit administratif », qui repose sur le droit naturel (162).

61. — Les thèses avancées par tous ces auteurs laissent apparaître un dénominateur commun : *les principes généraux sont des règles du droit positif.* Quelle que soit la démarche suivie par les uns et les autres, le résultat acquis modifie au moins apparemment certaines données classiques du légalisme français : Un principe général de procédure peut provoquer l'effacement d'une loi dérogatoire (163).

§ 4. — L'affermissement des principes généraux de procédure (depuis 1961).

62. — L'apaisement succède à la profonde effervescence antérieure. Bien que certaines questions restent en suspens, les discussions

(158) Cf. *infra*, Ch. 3, « La subordination des principes généraux de procédure à la loi constitutionnelle », pp. 146 et s.

(159) Cf. *infra*, ch. 2 et ch. 3.

(160) Voir *infra*, les principes généraux de procédure et la loi, pp. 135 et s.

(161) Et. et Doc., 1951, p. 21.

(162) B. JEANNEAU, *op. cit.*, pp. 245 et 249 et s.

(163) C.E., 7 février 1947 d'Aillières ; voir références et jurisprudence confirmative, *supra*, p. 37 et surtout *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.

passionnées ont laissé la place à une grande activité jurisprudentielle admise par tous. Depuis 1961, l'originalité des principes de procédure s'est accentuée, et leur application multipliée. Mais après un vif conflit qui a opposé le gouvernement au Conseil d'Etat, le législateur a limité formellement l'application d'un principe général sans que l'on puisse parler du recul des règles non écrites de procédure.

A. — La consécration des principes généraux de procédure : l'arrêt « Sté La Huta » (164).

63. — Le 12 mai 1961, la section du contentieux rappelait à la « Commission spéciale de répartition de l'indemnité des nationalisations polonaises » l'obligation qu'elle avait de respecter le « principe « général applicable à toutes les juridictions administratives d'après « lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire ». Cette décision était intéressante à plus d'un plan et n'a été démentie par la suite.

64. — L'arrêt Société La Huta montrait d'abord qu'à côté des « principes généraux du droit », il existait désormais des principes propres à la procédure, s'imposant à toutes les juridictions administratives. La formulation nouvelle de ces règles (165) (caractéristique de leur originalité) tenait à la fois de celle des principes généraux du droit et de celle des « règles générales de procédure » (166). Comme ces dernières, les principes de procédure « *sont applicables à toutes les juridictions* » sans qu'un texte exprès ne le prévoie. Comme les premiers, ce sont des « *principes généraux* », c'est-à-dire des normes d'une valeur éminente. La procédure cesse d'être la parenté pauvre, la branche secondaire du droit public. A un autre plan, l'arrêt Sté La Huta apporte une innovation importante dans les règles procédurales. Il a introduit le principe du « caractère contradictoire de la procédure » parmi les obligations qui incombent tant aux autorités exécutives qu'aux organismes juridictionnels. Ce principe ne conduit-il pas à un éclatement ou à une désuétude des droits de la défense ? Interprété dans ce sens par certains auteurs (167), le principe du contradictoire a une ambition plus modeste. Loin de révolutionner les données anciennes, il les perfectionne et les précise. Le principe du caractère contradictoire de la procédure a pris la première place au sein des droits de la défense dont la portée s'accroît ainsi.

65. — Le succès de la jurisprudence « Sté La Huta » n'a pas été démenti par la suite. Il ne doit pas faire oublier le développement et le perfectionnement des principes existants. Le droit à l'action a été

(164) C.E. Sec., 12 mai 1961, « Sté La Huta », Rec., p. 313.

(165) La formulation « principe général de procédure » était déjà connue. Quelques arrêts anciens en faisait état. M. Chenot, dans ses conclusions en parlait également, voir *supra*, p. 37.

(166) Cf. *supra*, pp. 29 et s., et *infra*, pp. 375 et s.

(167) Cf. *infra*, II[e] partie, « Les droits de la défense », pp. 377 et s.

étendu par le principe du « changement des circonstances » en vertu duquel la forclusion des délais ne peut être opposée au justiciable lorsque l'acte n'a plus de raison d'être dans des circonstances nouvelles (168). Nombreuses sont, désormais, les applications des principes de procédure. A la différence des principes généraux du droit qui reçoivent presque systématiquement une application négative, les principes de procédure sont invoqués avec succès par les plaideurs. Est-il besoin de rappeler à ce propos l'arrêt Canal (169) ? Créée par voie d'ordonnance, en vertu de l'article 2 de la loi du 13 avril 1962, adoptée par le peuple français par voie de référendum, la Cour Militaire de justice ne peut survivre « en égard à l'importance des atteintes qu'elle portait aux principes » de procédure (droits de la défense, principe du recours en cassation (170). Quelle qu'ait pu être l'opportunité de la décision, l'arrêt Canal a marqué l'emprise profonde des principes généraux sur la procédure. Même dans une période aussi troublée que celle que connut la France en 1962, ils se sont opposés, non à une justice rapide et efficace, mais à une justice expéditive. Il est remarquable que des principes de procédure aient pesé d'un poids suffisant pour que leur violation anéantisse l'œuvre du Président de la République habilité à instituer une juridiction d'exception en vertu d'un référendum populaire.

Mais cette autorité impérieuse reconnue aux principes de procédure n'était-elle pas prématurée ?

B. — Les principes généraux de procédure face au législateur.

66. — Le succès croissant des principes de procédure a été reconnu par le législateur. La loi du 15 janvier 1963 marque-t-elle un recul des principes généraux ou un simple accident sur la voie qui continue de leur être ouverte ? Par cette loi, le législateur a mis un terme aux violentes polémiques ouvertes par l'arrêt Canal (171). Dans le conflit qui opposait le pouvoir exécutif au juge, créateur des principes de procédure, le Parlement a donné, en partie, raison au premier contre le second. La Cour de Sûreté de l'Etat succédait à la Cour Militaire de Justice et couvrait ainsi certains des vices fondamentaux qui avaient engendré son annulation en prorogeant rétroactivement la compétence de la juridiction annulée. En revanche, le recours en cassation était rétabli devant la Cour de Sûreté de l'Etat (art. 41) et certaines garan-

(168) C.E. Ass., 10 janvier 1964, ministre de l'Agriculture Simonnet, concl. Mme Questiaux, note Waline, R.D.P., 1964, pp. 445-458, cf. *infra*, II[e] partie, pp. 234 et s.

(169) C.E. Ass. plan, 19 octobre 1962, concl. Chardeau, Rec., p. 552, note de Laubadère, A.J.D.A., 1962, p. 612, note Debbasch, J.C.P., 1963.13.068, note Liet-Veaux, Rev. adm., 1962, p. 626.

(170) Il faut noter que dans cet arrêt il était fait application des principes de procédure pénale et non de ceux de la procédure administrative. Cf. *infra*, pp. 196 et s.

(171) Cf. *supra*.

ties de l'instruction développées (172). Force est de reconnaître que ce débat déborde largement son cadre juridique originaire pour revêtir des dimensions politiques nouvelles. On doit donc s'interdire de conclure à un recul des principes généraux. Une violation plus grave des principes généraux par le législateur n'aurait pas même signifié un recul des règles non écrites. Selon une jurisprudence constante, rien n'interdit au législateur de déroger aux principes généraux de procédure, dès lors qu'il manifeste clairement et expressément son intention de le faire (173). Envisagée sous cet angle, la loi du 15 janvier 1963, ne fait que confirmer, en la précisant, la thèse selon laquelle les principes généraux ont valeur législative, l'autorité constitutionnelle, que certains voulaient leur voir reconnue, n'étant plus soutenable (174).

67. — Où en sont les principes généraux de procédure après plus d'un siècle de développement jurisprudentiel ?

Ils ont remodelé la procédure administrative qu'organisait très imparfaitement les textes. Le Conseil d'Etat a transformé les caractères généraux de la procédure en adjoignant au caractère inquisitorial le principe du contradictoire, en développant à côté du caractère écrit les principes de la libre défense orale. La procédure est désormais au service du justiciable et chaque principe général constitue pour lui une garantie : Il obtient le respect de la légalité par le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation. Il obtient un débat complet de son affaire par les droits de la défense et les multiples voies de recours à lui ouvertes.

Les principes généraux n'ont pas fait d'apparition brutale dans le droit positif, mais chacun d'entre eux est le résultat d'une longue gestation avant d'accéder au rang de règle formellement exprimée par le juge. Les principes généraux de procédure ont atteint, depuis 1961, leur majorité et en ont définitivement terminé avec les crises de croissance qui ont marqué leur développement (175). Le juge ne veut pas être, par eux, un juge qui gouverne. Il entend simplement imposer aux autorités exécutives et juridictionnelles le respect des justiciables et de leurs droits. Les principes généraux sont au service de la procédure qu'ils organisent et qu'ils dominent.

L'évolution des règles non écrites doit néanmoins être poursuivie. Certains aspects de la procédure sont encore incomplètement organisés et protégés : les droits de la défense méritent d'être précisés, l'impartialité des juridictions administratives davantage sauvegardée, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir étendue. Mais l'on

(172) Art. 29, art. 31, art. 34, dernier alinéa de la loi du 15-1-1963, *J.O.*, 16-1-1963, pp. 510 et s.

(173) Cf. *infra*, 1re partie, « La valeur juridique des principes généraux de procédure ». (Voir *infra*, pp. 141 et s.).

(174) Cf. *infra*, p. 149.

(175) Cf. *supra*. Les discussions doctrinales et jurisprudentielles sur la nature et la valeur des principes généraux.

quitte progressivement la procédure pour en arriver aux problèmes de contentieux.

Il ressort de cette étude historique que les principes généraux de procédure ont changé de nature sans que le juge administratif n'ait clairement manifesté les évolutions de sa pensée. La doctrine, lorsqu'elle ne négligeait pas le phénomène que représentait pour la procédure le développement des règles non écrites, a tour à tour surestimé et sous-estimé l'importance de l'œuvre du juge en ce domaine. L'habileté avec laquelle ont été créés les principes généraux de procédure a dérouté la plupart des observateurs et, cela, au détriment de la clarté de la notion. Il existe, en effet, d'autres règles procédurales non écrites souvent assimilées aux principes généraux, mais pourtant différentes d'eux. Le double caractère de règle interprétative et de règle obligatoire ou créatrice de droit, qui constitue l'originalité des principes généraux de procédure, ajoute à la confusion. L'accumulation de ces raisons conduit à la constatation qu'il est nécessaire de rechercher puis de dégager la notion de principe général de procédure avant d'analyser chacune de ces règles qui s'imposent à toutes les juridictions administratives. C'est pourquoi cet ouvrage comprendra deux parties :

— Recherche de la notion de principe général de la procédure (première partie).

— Etude analytique des principes généraux de procédure (II^{e} partie).

PREMIERE PARTIE

RECHERCHE DE LA NOTION DE PRINCIPE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE

68. — La définition du principe général de procédure doit être l'aboutissement de recherches effectuées dans un certain nombre de directions. Son apparition en droit positif mérite d'être expliquée si l'on ne veut pas considérer le principe général de procédure comme une pure création du Conseil d'Etat reposant sur le droit naturel ou comme une technique particulière destinée à faire du Code de Procédure civile une source supplétive de la Procédure administrative contentieuse. *Il ressort alors clairement que les règles étudiées permettent l'application de certains textes procéduraux.* Cette interprétation évite de conférer aux principes généraux de procédure une valeur juridique éminente (supralégislative ou constitutionnelle) à laquelle aboutit presque inéluctablement toute conception s'appuyant sur des données non juridiques. Il appartient ensuite de distinguer le principe général de procédure des autres règles avec lesquelles il est ordinairement rapproché ou confondu. Règle jurisprudentielle d'une nature et d'une valeur particulières, le principe général ne doit pas être assimilé à la coutume procédurale ou au « style du palais »; un sort particulier doit également être réservé aux règles générales de procédure qui n'ont qu'une valeur interprétative. Au terme de ces recherches, le principe général de procédure se révèle être une règle originale disposant de la force législative. Mais cette affirmation est le résultat d'une démarche qui sera décomposée de la façon suivante :

— La genèse des principes généraux de procédure : leur création par le juge administratif (Chapitre premier).

— La valeur juridique des principes généraux de procédure (Chapitre II).

— La notion de principe général de procédure (Chapitre III).

CHAPITRE PREMIER

La genèse des principes généraux de procédure : Leur création par le juge administratif.

69. — Les conceptions divergentes des auteurs sur la nature (1) et l'autorité (2) des principes généraux de procédure s'expliquent par le fait que chaque observateur fonde son opinion sur des éléments différents des principes. Selon que l'on prétend que le principe général incarne des « aspirations latentes qui se partagent la conscience nationale » (3) ou que « seul le droit peut être source du droit » (4), l'on fait appel à des phénomènes variés du développement des Principes et à des conceptions juridiques antinomiques.

70. — Les principes généraux sont-ils *la formulation juridique de droits naturels ou, au contraire, constituent-ils des prolongements du droit écrit ?* Positivistes et défenseurs du droit naturel s'affrontent sans vouloir reconnaître que les principes sont des sources autonomes du droit administratif, qui font l'objet de règles de création et d'application particulières. L'opposition des deux écoles est presque irréductible, car les premiers n'envisagent que le fondement et la création des principes au détriment de leur application, tandis que les seconds démontrent les seuls mécanismes d'application au détriment des facteurs moins rationnels de création.

(1) Cf. *infra*, pp. 55-62.

(2) Cf. *infra*, p. 58.

(3) B. Jeanneau, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Ed. Sirey, 1954, p. 237. L'auteur ne réduit pas les principes généraux à cette source diffuse, mais lui accorde cependant une importance déterminante.

(4) H. Kelsen, « Théorie pure du droit », Traduction Ch. Eisenmann, éd. Dalloz, 1962, p. 312.

71. — C'est pourquoi il paraît nécessaire de distinguer soigneusement l'élaboration et l'application des principes, phénomènes qui ont été souvent confondus, intentionnellement ou non.

L'exégèse des principes généraux de procédure, à partir des données jurisprudentielles, permet de comprendre leur apparition et leur développement en droit positif et réduit certaines contradictions ou lacunes relevées. Le plein épanouissement des principes de procédure est acquis en vertu d'un processus qui retient à la fois leur application et leur création (5) :

Les principes de procédure assurent l'extension de règles juridiques (écrites ou non écrites) préexistantes. Sans cette réception, il n'existerait pas de principes généraux de procédure. Cette réception d'une règle juridique générale par le juge serait insuffisante à donner naissance à un principe général. Le juge s'interroge sur la nécessité de l'extension de certaines institutions procédurales et, le cas échéant, les transforme en principe général de procédure. Si les règles ne répondent pas à un fondement juridique et philosophique précis, elles n'ont pas vocation à être élevées au rang de principe général de procédure.

La double opération décrite répond à l'activité générale du juge : application et création du Droit. Avec les principes généraux de procédure, le Conseil d'Etat est à la fois *créateur de Droit et serviteur de la règle de droit.*

La conception défendue repose sur l'idée qu'il est aisé de trouver un texte qui assure un support plus ou moins large à chacun des principes généraux de procédure que dégage le Conseil d'Etat. Le juge raisonne par analogie (6), c'est-à-dire, qu'il infère d'institutions procédurales déjà existantes des règles plus larges et d'une nature nouvelle, les principes généraux de procédure.

72. — A cette conception, de nombreux auteurs préfèrent celle qui paraît reposer davantage sur les données jurisprudentielles. Ils avancent un argument jurisprudentiel pour prétendre que les principes généraux de procédure trouvent leur source en dehors de tout texte. En effet, le Conseil d'Etat n'affirme-t-il pas que règles et principes généraux se développent « en dehors de tout texte », « sans texte », etc. ? En d'autres termes, ils combleraient des « lacunes » du droit écrit.

(5) Nous ne prétendons pas que la genèse des principes généraux du droit réponde au même processus. Il semble qu'ils soient dégagés et appliqués par le juge sur une base législative beaucoup plus faible. Voir *infra*, p. 162.

(6) M. Latournerie a bien mis en relief l'importance du raisonnement par analogie dans le développement des principes généraux. « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *in* « Livre Jubilaire du Conseil d'Etat », pp. 177-349). Mais nous nous séparons de l'auteur sur deux points : en premier lieu, l'analogie sert uniquement à créer les principes généraux de procédure et non pas à les appliquer et à les créer ; en second lieu, il admet que certains principes sont dégagés en dehors de tout texte, point que nous contestons, voir *infra*, pp. 69 et s.

Une réponse devra être donnée à cette question préalable. Ensuite les différentes techniques d'élaboration des principes généraux de procédure pourront être envisagées. Elles permettront de mesurer l'étendue de la fonction créatrice du juge administratif dans l'éclosion des principes :

— Les données du problème (Section préliminaire).

— Les explications doctrinales de la génèse des principes généraux de procédure (Section I).

— Les techniques d'élaboration des principes généraux de procédure : La réception de règles juridiques préexistantes (Section II).

— La fonction créatrice du juge administratif dans l'élaboration des principes généraux de procédure (Section III).

Section préliminaire.

LES DONNEES DU PROBLEME

72 *bis.* — Elaboration ou application des principes généraux de procédure en dehors de tout texte ? Telle est la difficulté que présente la genèse des règles procédurales non écrites étudiées. Il apparaîtra que les principes ne sont pas appliqués sans texte et qu'ils n'ont pas, à proprement parler, pour fonction de combler des lacunes du droit.

§ 1. — « Application » ou « élaboration » des principes en dehors de tout texte ?

73. — Le Conseil d'Etat consacre des formules générales aux principes de procédure qu'il dégage ou qu'il applique. Elles ont peu varié depuis le début du XX[e] siècle. Utilisées à l'origine pour les règles générales de procédure, elles ont fait le succès des principes généraux du droit avant d'être reprises de nouveau en matière procédurale. Règles et principes généraux sont « *applicables en l'absence de tout texte* ». C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir « est ouvert *même sans texte* contre tout acte administratif » et a pour effet « d'assurer conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». Les attendus de l'arrêt Dame Lamotte (7) sont également ceux de l'arrêt d'Aillières (8). Les principes et règles générales « s'imposent même en l'absence de texte exprès » (9).

(7) C.E. Ass., 17 février 1950, concl. Delvolvé, R.D.P., 1950.478, G.A.J.A., p. 318.

(8) C.E. Ass., 7 février 1947, Rec., p. 50 ; conclusions Odent, note Waline, R.D.P., 1947, p. 68 ; note Morange, J.C.P., 1947.II.3508 ; G.A.J.A., p. 372.

(9) C.E. Ass., 20 janvier 1933, Cie générale des Papiers, Rec., p. 84 : « Qu'au

Une interprétation presque unanime a été donnée à ces formules. Elles seraient relatives à *l'élaboration* des principes généraux et non à leur application. Raisonner ainsi paraît contraire à la lettre de la jurisprudence et à l'esprit des règles « non écrites » du droit et de la procédure.

74. — Une analyse plus poussée des considérants des arrêts du Conseil d'Etat conduit à une interprétation différente. Par les expressions « applicables en l'absence de tout texte » ou « ouvert même sans texte », le Conseil d'Etat entend uniquement et logiquement dire que les principes s'appliquent à un cas d'espèce, en l'absence d'un texte particulier, mais il n'aborde en rien le problème de leur création. Le juge avait toute latitude pour motiver différemment ses décisions. Aurait-il voulu dévoiler les mécanismes d'élaboration des principes généraux, alors il aurait utilisé des expressions laissant percevoir l'idée de création ou de source. Elles auraient été du genre : « Les principes généraux sont *créés* en dehors de tout texte » ou les principes « ont leur source en dehors de tout texte ».

Il faut se refuser à voir dans les termes : « l'absence de dispositions formelles » que comble un principe général autre chose qu'un *phénomène d'application de la règle dégagée antérieurement par le Conseil d'Etat.* La rédaction explicite de certains arrêts interdit toute interprétation sibylline. Le juge rappelle, en premier lieu, qu'un organisme a le caractère d'une juridiction « devant laquelle doivent être respectées toutes « les règles générales de procédure dont l'application « n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ». Après cette constatation d'ordre général, le Conseil d'Etat développe l'économie de la règle particulière qui figure « au nombre de ces règles qui « s'*imposent* même en l'absence d'un texte exprès, à toutes les juri« dictions » (10). Le raisonnement du juge est assez facile à décomposer. Il induit simplement du caractère d'un organisme les obligations préétablies qu'il devra respecter.

La terminologie jurisprudentielle est significative du souci du Conseil d'Etat d'insister à la fois sur l'application à l'instance en cours d'une règle non écrite en dépit des insuffisances législatives, et sur la généralité de la règle appliquée. Il laisse intact le problème de l'élaboration de cette règle. La constance remarquée dans la rédaction des arrêts du Conseil d'Etat ne traduit qu'une partie des préoccupations du juge. L'idée d'application que fait naître la jurisprudence suppose une création préalable, une élaboration antérieure du principe, opération que passe délibérément sous silence le juge. Voudrait-il agir

nombre de ces règles générales qui *s'imposent,* même en l'absence d'un texte exprès figure celle d'après laquelle aucun document ne saurait être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance » ; sur les règles générales de procédure, voir *infra,* Ch. 3, pp. 169 et s.

(10) Les arrêts rédigés de cette façon sont particulièrement nombreux. Citons seulement, C.E., 14 avril 1924, Chaumet, Rec., p. 1014. Voir également, *infra,* Ch. 3 : les règles générales de procédure, pp. 169 et s.

autrement qu'il serait dans l'impossibilité de la faire, car l'antériorité de la création s'oppose à ce que la Haute Assemblée recourt à des termes qui ne seraient pas relatifs à la mise en œuvre d'un principe général de procédure. On pourrait rétorquer à l'interprétation jurisprudentielle retenue (qui dissocie création et application) que le Conseil d'Etat ne modifie pas sa terminologie lorsqu'il « élabore » ou applique pour la première fois un principe. L'argument est de poids mais peut être repoussé. Rien n'impose au juge (et l'expérience jurisprudentielle le montre chaque jour) de faire état du processus général ou de la technique particulière d'élaboration, de la règle jurisprudentielle qu'il dégage. Si une règle ou un principe « s'impose en dehors de tout texte » cela ne signifie pas qu'elle est créée de cette façon (11).

75. — Cette première remarque qui servira de base aux développements ultérieurs a été apportée dans un double but :

— La jurisprudence ne permet pas d'affirmer que les principes et règles générales de procédure sont élaborés en dehors de tout texte. En revanche, ils s'appliquent, se développent et s'imposent en l'absence de textes particuliers (12).

— Le Conseil d'Etat garde un mutisme presque total sur sa méthode d'élaboration des principes généraux (13).

Dans la rédaction de ses arrêts, le Conseil d'Etat ne rend compte que de l'un des caractères des principes généraux de procédure. Ils constituent bien une technique particulière de l'application des règles juridiques; ils sont aussi (mais le Conseil d'Etat passe sous silence cet aspect) créateurs de règles juridiques nouvelles, sans pour autant combler des lacunes juridiques.

(11) On peut comparer la situation décrite à l'acte volontaire. Il se décompose en décision d'agir et réalisation de la décision d'agir. Transposons l'exemple en matière juridictionnelle. La réalisation par le juge de la décision est une manifestation extérieure de sa volonté, génératrice d'un acte de droit. La manifestation de la volonté (ou d'une décision) peut être applicable par elle-même, s'imposer à tous ceux pour lesquels elle est destinée, et avoir une certaine force exécutoire ; mais l'action a été précédée d'une décision d'agir qui n'est pas décrite dans les arrêts du Conseil d'Etat. C'est probablement parce qu'elle fait appel, à la fois, à des facteurs juridiques (compétence pour agir) et psycho-sociologiques (nécessité, opportunité de la décision, désir d'innovation, etc.), que le juge ne l'exprime pas. (Voir *infra*, S. III : *l'opinio juris*, pp. 98 et s.). En résumé, le Conseil d'Etat rend compte du second phénomène, celui de la réalisation de la décision (le plus extérieur, mais le second dans le temps) ; il ne révèle pas le premier : compétence pour créer certaines normes, désir de généraliser l'application d'un texte, etc.

(12) Nous verrons même qu'ils s'imposent lorsqu'un texte apparemment (ou expressément) contraire semble leur interdire de s'appliquer.

(13) Le silence vaut aussi bien pour les éléments juridiques que psycho-sociologiques de la décision. Cf. *infra*, pp. 106 et s.

§ 2. — Les principes généraux de procédure et les « lacunes » du droit.

76. — De la même façon que le Conseil d'Etat ne prétend pas élaborer des principes généraux de procédure en dehors de tout texte, il n'affirme pas, non plus, combler des lacunes législatives. Le problème soulevé ici est connexe du précédent et répond aux mêmes préoccupations. Les principes généraux sont-ils ou non créés en face de lacunes juridiques ? La réponse à cette question exerce une influence déterminante sur la nature des principes généraux (14).

Grand nombre de juristes parmi les défenseurs du droit naturel et même parmi ceux qui s'attachent à des conceptions positivistes ou sociologiques du droit, aussi bien en droit interne qu'en droit international (15), envisagent la lacune comme une véritable donnée du droit positif. C'est pourquoi il faut définir la lacune et analyser, le cas échéant, l'attitude du juge à son endroit.

77. — *Définition de la lacune* (16). Il y aurait lacune, lorsqu'une juridiction saisie d'un litige particulier estime qu'il n'est ni prévu ni réglé directement par la législation en vigueur. Pour statuer sur le différend qui lui est soumis, le juge doit alors combler les lacunes en créant ou en appliquant certaines normes. En réalité, quand un litige est soumis au juge c'est parce que le justiciable estime qu'il y a une « lacune » à combler (17). Le juge donne satisfaction au justiciable en ayant recours à la coutume, à la jurisprudence et surtout aux principes généraux. Dans cette conception, les principes généraux de procédure n'existent que grâce aux lacunes et ont pour fonction de les combler.

78. — *L'attitude du juge en face des lacunes.* Le juge, en présence d'une telle situation, peut opter pour l'une des trois positions suivantes :

(14) Cf. *supra*, p. 1. Face à des lacunes les principes généraux pourraient n'être que la formulation juridique de règles du droit naturel ; en cas contraire, ils seront, soit des prolongements du droit écrit, soit des sources autonomes du droit.

(15) Sur la question générale des lacunes. Cf. KELSEN, *op. cit.*, pp. 328 et s. Sur les lacunes en droit international, cf. SIORAT L., « Le problème des lacunes en droit international », L.G.D.J. 1958, et GAVARE, « Le droit international public positif », T. I, pp. 221-222. « Les lacunes dans le droit », pp. 329-334.

(16) Une précision préalable d'un double ordre doit être apportée. En premier lieu, s'il existait une lacune réelle à combler on la rencontrerait plus normalement au stade de l'application de la norme qu'au niveau de son élaboration. En second lieu, il est difficile de parler véritablement de lacune dans un ordre juridique développé qui comprend des organes constitutionnels d'élaboration du droit autres que les organes juridictionnels.

(17) Cette interprétation ne sous-estime pas les autres aspects de la décision de justice. Celle-ci permet avant tout au justiciable de voir reconnaître une situation conforme au droit et de bénéficier des avantages d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

— nier l'existence d'une lacune réelle et appliquer à la situation particulière une solution tirée d'une norme générale;

— constater la lacune et s'abstenir de toute intervention;

— ou, enfin, combler la lacune en recourant à des règles assez indéfinies.

Un exemple tiré de situations fréquentes en droit français montrera la réaction du Conseil d'Etat face aux « lacunes ».

Le législateur crée fréquemment un organisme de nature indéterminée, apte à remplir une certaine mission et à prendre des décisions dans un domaine défini, mais ne prévoit expressément aucun contrôle de ses décisions. Et pourtant il les soumet aux règles générales du recours pour excès de pouvoir ou du recours en cassation (art. 9 de la loi du 24 mai 1872, art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945) (18). Il n'y avait en réalité qu'une lacune « technique » à combler par le recours à un texte général. Le juge raisonne, par analogie, et par rapport aux situations plus vastes prévues par les textes. Il résout l'*indétermination* issue du cas concret par l'application de la norme générale. L'appel aux principes généraux confère une portée particulière à ces textes. Dans cet exemple, le juge a estimé devoir intervenir positivement en sanctionnant le cas qui lui était soumis en lui appliquant les règles du recours pour excès de pouvoir ou du recours en cassation (19). Mais il aurait pu agir différemment en appliquant le principe selon lequel ce qui n'est ni prévu ni sanctionné par une législation ne peut l'être par un tribunal (20). Le juge a, apparemment, toute latitude de refuser l'application de la législation générale à un cas particulier (21). Les conséquences finales d'une telle attitude consistent

(18) On peut citer en matière pénale, le « vol » d'électricité qui, longtemps, ne fut prévu par aucune législation. Quelle fut la réaction du juge face à cette lacune. Devant l'impossibilité de rattacher au vol (tel qu'il est défini par l'article 379 du Code pénal) le détournement d'électricité commis par un particulier à la suite d'une manipulation de compteur, le juge l'a qualifié de tromperie sur la quantité de marchandise livrée, délit commercial. S'il y avait eu une véritable lacune, le juge aurait dû relaxer le prévenu. C'eût été l'application normale du principe « Nullum crimen, nulla poena, sine lege ». La Cour de cassation a préféré agir autrement (Cass. crim., 16 février 1889, D. 1899.J.99 ; Cass. crim., 7 mars 1956, D. 1956.J.308). Elle a estimé qu'elle ne pouvait appliquer l'article 401 « qui réprime les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins, les filouteries ». Elle a préféré recourir à la loi du 1er août 1905 réprimant les fraudes. Dans des décisions isolées elle avait cependant qualifié de vol le fait de reculer les aiguilles d'un compteur à eau pour dissimuler la consommation réelle, Cass. crim., 15 avril 1921, D.P. 1922.I.146.

(19) C.E., 12 juillet 1929, Leroux, Rec. p. 610. Voir *infra*, IIe partie : Le principe du recours pour excès de pouvoir, pp. 210 et s.

(20) Cette attitude correspondait à la conception que certains se font du rôle des tribunaux. Ils seraient de purs organes de constatation et d'application du droit. Ils ne seraient en aucun cas, des organes créateurs du droit. La théorie du précédent jurisprudentiel, comprise étroitement, peut aboutir à ce résultat. Les tribunaux liés par le précédent ne peuvent dans certains cas que reprendre des solutions déjà dégagées par un organe qui a pouvoir normatif général.

(21) Ne serait-ce cependant pas contraire à l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ? ».

à créer des lacunes. Les lacunes ne sont, en réalité, que le produit du refus du juge de dégager à partir de normes générales des règles particulières. Beaucoup de tribunaux, contraints ou non par le législateur, ont réagi de la sorte; c'est leur abstention ou leur non-intervention qui ont créé des lacunes et les ont contraint de dégager des méthodes pour y faire face en vue de rendre une décision. Cette réaction des juridictions a été expliquée et critiquée par Kelsen : « Il n'y a lacune « que lorsque l'organe d'application du droit considère le défaut d'une « telle norme juridique, comme regrettable d'un point de vue de *poli-* « *tique juridique*, et qu'en conséquence il repousse l'idée d'appliquer « le droit en vigueur, alors que cette application serait logiquement « tout à fait possible et ne se heurte qu'à ce motif de politique juri- « dique que l'organe d'application du droit estime qu'elle serait iné- « quitable ou injuste » (22).

La critique de Kelsen suscite une double remarque. Elle apparaît, en premier lieu, trop absolue. Elle dépeint la « mentalité » des juges, mais ne tient pas suffisamment compte des cas (assez rares il est vrai), dans lesquels le législateur a réduit le juge à un rôle de constatation et d'application du droit (23). Mais, d'un autre côté, elle illustre parfaitement ce que deviendraient les principes généraux de la procédure si l'on accueillait la théorie des lacunes. Ils ne seraient que le reflet contingent d'une politique ou même d'une éthique juridique qui entraîneraient une sclérose sociale dangereuse (24).

79. — *Les lacunes ne sont en réalité que la marge d'indétermination qui existe entre des règles de portée générale ou limitée et les cas d'espèces soumis au juge.* Dans tout procès il existe une marge d'indétermination plus ou moins grande qu'il faut interpréter. C'est elle qui a permis la naissance et l'application des principes généraux (25).

80. — Ces développements préliminaires débouchent sur une double constatation :

— Loin d'avancer que les principes généraux de procédure sont élaborés en dehors de tout texte, le juge insiste seulement sur leur application qui est réalisée même en l'absence d'un texte exprès.

— L'absence de texte exprès prévoyant l'application d'une norme juridique n'est pas la manifestation d'une lacune mais le signe d'une

(22) KELSEN, *op. cit.*, p. 330.

(23) Nous verrons que c'était la situation originaire du juge français, malgré l'article 4 du Code civil, *supra*, p. 16 et *infra*, pp. 130-132.

(24) L'auteur cite à cet effet l'exemple de certaines législations du travail qui ne contiennent aucune norme imposant aux employeurs de réparer le préjudice subi par les employés à l'occasion de leur travail. Selon que le juge est ou n'est pas « socialiste », il recourra ou non à des principes généraux pour faire face à cette hypothèse d'irresponsabilité. KELSEN, *op. cit.*, p. 332.

(25) La marge d'indétermination que nous venons de mettre en relief permet de la même façon aux autres règles jurisprudentielles et à la coutume de se développer et de devenir des sources du droit positif. Cf. *infra*, La notion de lacune en droit administratif est rejetée expressément par certains auteurs.

marge d'indétermination juridique que comblent les principes de procédure.

Section I

LES EXPLICATIONS DOCTRINALES DE LA GENESE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

81. — Pour la plupart des auteurs, les principes généraux de procédure font partie des « sources spontanées » du droit parce qu'ils tirent leur origine essentielle de règles non écrites auxquelles le Conseil d'Etat confère une certaine valeur en les élevant au rang de sources du droit. Dans son ensemble, la doctrine confond, volontairement ou non, l'application et le fondement des principes généraux et néglige le premier élément au profit du second. La raison en est que nombre de ces juristes adhèrent aux conceptions générales du droit selon lesquelles la règle juridique est le produit inéluctable d'une évolution politique et sociale déterminée ou qu'elle est dominée par l'apport de la morale transcendante. Il y a pour eux déterminisme historique ou moral (26).

De Duguit à Hauriou, de M. Odent à M. Letourneur, sans oublier MM. Jeanneau et Rivero (27), l'explication logique de l'œuvre créatrice du Conseil d'Etat se situe presque exclusivement au niveau des principes transcendentaux qui gouvernent les sociétés occidentales. Selon eux, des sources non écrites du droit donneraient naissance, à leur tour, à des sources non écrites. Elles n'auraient donc besoin d'aucun texte précis pour recevoir application. L'analyse critique de la jurisprudence ne permet pas de souscrire aux théories proposées par ces auteurs (28). Elle exclut l'intervention, même à titre secondaire, de facteurs non écrits, mis à part les principes généraux du droit qui permettent le rayonnement de certains principes généraux de procédure.

§ 1. — La position de la doctrine (29).

82. — Le développement des principes généraux a séduit le juriste parce qu'ils dotent le droit français d'une source nouvelle et fournissent, par leur contenu, matière à une réflexion sur l'élaboration

(26) Comparer avec le début de la Section II, p. 62. Nous mettrons au contraire l'accent sur la source juridique des différents principes généraux de procédure.

(27) Cf. les références bibliographiques, *infra*, pp. 60-61.

(28) Voir *infra*, Section II, Sous-Section II.

(29) Les développements qui vont suivre sont consacrés parfois aux principes généraux du droit et non pas spécialement aux règles procédurales. Les auteurs cités n'ont envisagé qu'accessoirement les principes de procédure auxquels ils ont réservé un sort identique à celui des règles de fond.

de la règle juridique. La seule construction d'ensemble qui ait été donnée est la très belle thèse de M. Jeanneau qui a trouvé des matériaux de choix dans les travaux de MM. Letourneur et Rivero. Auparavant Laferrière et le doyen Hauriou avaient émis des considérations prémonitoires sur l'existence et le développement à venir des principes généraux.

Dans sa fameuse introduction au « Traité de la juridiction administrative » Laferrière remarque, sans insister davantage, qu'à défaut de textes, le juge administratif se réfère aux « principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à « notre droit public et administratif » (p. XII), le doyen Hauriou approfondit cette intuition en faisant état de « principes supérieurs ». A cette conception M. Jeanneau préfère une conception plus proche du droit naturel que M. Rivero ne partage pas pleinement.

A. — Le déterminisme des « principes supérieurs » : Hauriou.

83. — Dans son « Précis de Droit Constitutionnel » et dans les notes écrites sous les arrêts Winkell et Tichit (30) rendus en matière de grève des agents publics, Hauriou a éclairé la nature des « principes fondamentaux de l'organisation de l'Etat » et des « principes juridiques supérieurs » qui sont les uns et les autres des principes généraux du droit.

84. — Les uns sont contenus dans des lois dites « statutaires » qui réglementent « les principes organiques sur lesquels repose l'Etat » (31). Ils sont imprimés dans des lois d'une valeur particulière à la lumière desquelles on doit interpréter les lois ordinaires. Les autres « principes juridiques supérieurs » ne constituent plus une technique d'interprétation des règles juridiques, mais une source du droit assez diffuse. Comparables à la Common law « ce sont des principes individualistes tirés des grandes idées civilisatrices qui ont fait la civilisation « sédentaire ».

Force est de convenir que les principes généraux du droit et de la procédure ont leur source dans des catégories de règles qui se distinguent par leur degré d'imprécision. Les « idées civilisatrices communes » sont très certainement des principes philosophiques et sociaux ou des préceptes métaphysiques et moraux dont le contenu varie avec chaque civilisation envisagée. « Les principes individualistes » sont plus facilement discernables. Ils correspondent à une organisation sociale et économique délimitée dans le temps et dans l'espace et ils

(30) C.E. Ass., 7 août 1909, Winkell, concl. Tardieu, note Hauriou, S. 1909.III. 145 ; C.E. Ass. Tichit, 1er mars 1912, note Hauriou, S. 1913.III.137 et s.

(31) Note sous Tichit, *op. cit.*, p. 137. M. Jeanneau n'établit pas cette distinction qui paraît cependant très nette si l'on compare les notes précitées d'une part, et les développements de son précis d'autre part.

ont même été transcrits dans des textes et Déclarations solennelles auxquels l'auteur se réfère implicitement (32).

85. — Les principes fondamentaux (égalité devant la loi, liberté de réunion, etc.) (33) se trouvent placés au-dessus de la Constitution elle-même, ils bénéficient de la « légitimité juridique » qui leur assure une supériorité sur toutes les sources écrites du droit. Rien de plus normal pour Hauriou puisqu'ils s'identifient à l'ordre social et individualiste et que l'ordre social est plus important, aux yeux de l'auteur, que l'ordre politique. Les conséquences sont cependant capitales pour le juge : « Il est placé au-dessus de la loi et au-dessus des principes » (34). Hauriou répond par avance aux critiques que pourrait encourir une thèse qui réduit le juge à un rôle de simple application et de pure constatation : « Mettre le juge au-dessous des principes et « au-dessus de la loi écrite n'a rien de révolutionnaire, ni rien qui « dépasse le fait jurisprudentiel. Cela fait passer l'esprit avant la « lettre. » Pourquoi cette soumission du juge aux principes ? « Cela « signifie que l'ordre social, comme la justice, comme le bien, est « polarisé dans une direction » (35). L'œuvre de Hauriou peut être réduite à trois propositions :

— Les principes fondamentaux s'expliquent et s'appliquent en dehors de toute règle du droit positif.

— Tous les organes étatiques (Constituant, Législateur et Juge) sont soumis aux principes fondamentaux.

— Les principes sont extérieurs au juge qui se contente d'enregistrer leur existence et de les appliquer (36).

(32) Il confère en effet une valeur sociale éminente aux droits individuels contenus dans les différents préambules constitutionnels, « Précis de droit constitutionnel », Lib. Sirey, 1929, pp. 618-636.

(33) Tous les exemples que nous venons de citer sont tirés du « Précis de droit constitutionnel », pp. 237, 238 et 239. Hauriou fait apparaître une distinction entre principes de fond et de forme. Il entrevoit, parmi les seconds, la *regula juris*, « principe fondamental de la validité juridique » des actes qui pourraient fonder le principe du recours pour excès de pouvoir.

(34) Précis de Droit constitutionnel, p. 236.

(35) HAURIOU, *op. cit.*, pp. 236-237.

(36) La création des principes ne se confond pas avec les « standards et directives » dégagés par le juge. Le standard (duquel est déduit la directive) est un « pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même ». Les standards et directives sont des *autolimitations* au pouvoir discrétionnaire du juge. Les principes généraux du droit ou de la procédure sont, au contraire, des *limitations extérieures*. Au surplus, les directives sont des méthodes d'interprétation alors que les principes généraux sont, pour la plupart, des règles de fond. Cf. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », *in* Revue trimestrielle de droit civil, 1926, pp. 268 et s.

B. — Les principes naturels : le doyen Jeanneau (37).

86. — La contribution du doyen Jeanneau est essentielle à la compréhension des principes généraux. Mais, parce qu'il a approfondi, plus que tout autre, la notion de principes généraux, il a éprouvé de sérieuses difficultés à rendre compte de leur apparition en droit positif. Il s'est livré à de nombreuses constatations, a dégagé des lignes directrices, mais n'a pas isolé de techniques d'élaboration susceptibles d'expliquer les conditions d'application des règles non écrites du droit par le juge administratif. Une matière aussi vaste que celle des principes généraux du droit le permettrait-elle ? (38). Nul ne saurait, en tout cas, en faire grief au doyen Jeanneau, artisan lucide et audacieux d'une véritable théorie des principes généraux. Pour parvenir à ce résultat, l'auteur a divisé son ouvrage en trois parties : une partie « analytique », une « Synthèse des solutions jurisprudentielles » et une « Théorie générale ». Dans la seconde partie, l'auteur distingue, à juste titre, la « génèse et technique d'élaboration des principes généraux du droit » de leur « mise en œuvre ».

a) *L'élaboration des principes généraux du droit.*

87. — Quatre processus d'élaboration émergeraient de la jurisprudence. Les trois premières techniques d'élaboration dégagées par M. Jeanneau à la suite des recherches de M. Rivero sont comparables à celles qui seront envisagées dans les développements ultérieurs de cet ouvrage (39), mais on leur accordera un retentissement différent dans la genèse des principes de procédure. Sur les trois techniques principales mises en relief par M. Jeanneau s'en est greffée une quatrième, envahissante, qui, dans les développements de l'auteur, a presque étouffé les précédentes : le principe est le *« produit d'aspira-« tions latentes qui, sous les formes les plus diverses, se partagent la « conscience nationale »* (40). Le désaccord entre la thèse soutenue dans cet ouvrage et celle défendue par l'auteur des « Principes généraux du droit » apparaît dès à présent. Il est exact qu'une Nation est travaillée par des aspirations latentes : liberté, égalité, etc., mais qu'elles sont diffuses, hétérogènes, voire même contradictoires dans leur contenu, ces aspirations ! L'auteur avoue lui-même qu'elles sont

(37) B. Jeanneau, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Ed. Sirey, 1954.

(38) Il constate lui-même, que le juge « baptise principe général les règles les plus hétérogènes ». Il revient cependant sur ce jugement et assure de ne tenter une théorie générale que pour les principes qui s'inspirent d'une certaine homogénéité, pp. 199 et 242. Cf. l'analyse critique que lui a consacrée M. Eisenmann, R.D.P., 1954, pp. 798-808.

(39) L'auteur envisage : 1° Le principe, résultat d'une *généralisation* à partir des textes. 2° *L'esprit d'un texte* ou d'un ensemble de textes. 3° Le principe dégagé de *l'essence d'une institution ou de la « nature des choses »*.

(40) C'est l'intitulé de la Section IV du chapitre consacré aux techniques d'élaboration des principes généraux du droit. *Op. cit.*, pp. 136-141). Cf. La parenté avec M. Rivero (*in* D. 1951, Chr. VI), voir *infra*, p. 160.

« diverses ». Il précise davantage sa pensée et éloigne encore davantage les principes des bases rationnelles que l'on croit pouvoir leur donner : « La plupart du temps », écrit M. Jeanneau « les différentes ten« dances de ce que l'on dénommerait aujourd'hui l'inconscient col« lectif » auront laissé au niveau de la « conscience claire » des traces vivantes et facilement saisissables « sous la forme de "monuments" « philosophiques, politiques, voire juridiques » (41). Cet inconscient est stigmatisé soit par des Préambules constitutionnels ou des Déclarations de droit, soit par des principes coutumiers. En d'autres termes, *le Conseil d'Etat attrait l'inconscient collectif dans les zones de la conscience et le juridicise grâce aux principes généraux du droit.* C'est ainsi que se développeraient les règles générales de procédure issues de dispositions du Code de Procédure civile que le Conseil d'Etat « considère comme des signes révélant, à un moment donné, l'état de la « conscience juridique » (42). Ainsi s'expliquerait également le principe de l'égal accès des femmes aux emplois publics (43). Les principes généraux, dans leur ensemble, reposent sur le terrain mouvant d'une conscience évolutive, imprécise et capricieuse. Celle-ci est cependant endiguée et prend la forme de « conscience juridique » c'est-à-dire qu'elle repose sur la coutume, patrimoine de l'ordre juridique et social d'une Nation.

b) *L'application des principes généraux du droit.*

88. — Après avoir quitté le terrain du droit positif, M. Jeanneau y revient pour envisager les procédures et les résultats des conflits qui opposent les principes généraux aux autres règles du droit (II[e] Partie, Chapitre II).

Comment passer de la « conscience nationale diffuse », fait psychosocial, à l'application des principes généraux, règle de pure technique juridique ? Le fossé est profond, mais il est comblé si l'on souscrit à la thèse séduisante de M. Jeanneau. Il fait intervenir le pouvoir créateur du juge et découvre un fondement particulier aux principes généraux :

1) Les principes généraux ne sont que « *l'expression d'un pouvoir quasi législatif du juge* » (44). Les règles du droit positif n'interviennent donc pas dans l'application des principes qui sont cependant soumis à l'ambiance juridique environnante. Selon les cas, le juge

(41) *Op. cit.*, p. 136.

(42) Voir la notion de règle générale de procédure, *infra*, ch. 3, pp. 169 et s.

(43) C.E., 3 juillet 1936, Dlle Bobard, D. 1937.III.38, concl. Latournerie. Le commissaire du gouvernement ne rejette pas non plus cette interprétation mais n'y adhère pas aussi complètement : « La règle qui établit une liaison entre l'aptitude aux emplois et les droits politiques n'étant qu'une règle en somme non écrite, un principe coutumier de notre droit public, il ne dépend d'ailleurs que de la jurisprudence, le jour où elle s'avérerait que cette règle a cessé d'être en accord avec l'état général de notre droit, de faire prévaloir la solution contraire. »

(44) *Op. cit.*, p. 247.

fait application des principes à des matières réglées ou, au contraire, non réglementées par des textes. Mais, en toute hypothèse, l'existence des règles juridiques ne gêne pas l'application des principes, car le « juge administratif s'efforce, dans toute la mesure du possible, d'assurer la prééminence du principe sur le texte » (45). M. Jeanneau se retranche, pour le reste, derrière l'autorité de M. Letourneur : « Le domaine où n'existent pas de textes écrits en droit public est immen- « se : les principes y sont maîtres » (46). Ainsi armé, le juge est totalement souverain et fait fi du droit positif dans l'application des principes. D'où provient ce pouvoir exceptionnel des Tribunaux ? Il faut le rechercher dans le fondement même des principes.

2) En procédant par élimination, on découvrira *le fondement réel des principes :* le positivisme juridique doit être écarté. Il ne reste plus alors que le droit naturel. M. Jeanneau laisse le choix entre les conceptions classiques du droit naturel et celles de Duguit tout en marquant sa préférence pour les premières (47). L'option de l'auteur dépasse, il l'avoue, la technique juridique. Elle engage plus que l'intelligence, « la croyance, la foi ».

89. — Cette conception des principes généraux suscite une seule remarque qui trahit, d'ores et déjà, un désaccord, mais le reproche fait vaut plus à l'adresse des théoriciens du droit naturel dans leur ensemble qu'à l'égard de M. Jeanneau en particulier. Comment affirmer, à la fois, que le juge est le créateur des principes généraux du droit et de la procédure et que le droit est un ensemble de règles antérieures et supérieures à l'Etat ? La logique juridique s'accommode mal de telles propositions. Ou le Droit est une création étatique et le juge, organe étatique, peut *créer* certaines règles de droit, telles les principes généraux; ou le Droit s'impose aux organes étatiques et le juge ne peut que *constater* l'existence de certaines règles et les introduire dans le droit positif (48). Mais, en aucun cas, le juge ne peut, en un même mouvement, se voir imposer les principes généraux et les créer. La thèse de M. Jeanneau n'est pas une construction isolée mais synthétise un certain nombre d'opinions autorisées (49).

c) *L'éclectisme des principes généraux : M. Rivero.*

90. — M. Jeanneau ne cache pas l'effet produit sur lui, comme sur tous les lecteurs, par l'article pénétrant que le professeur Rivero, préfacier de sa thèse, consacra au « juge qui gouverne », c'est-à-dire

(45) *Op. cit.*, p. 143.

(46) M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », Et. et Doc., 1951, p. 31.

(47) *Op. cit.*, p. 255.

(48) A cet égard, la thèse du doyen Hauriou nous paraît plus forte, par sa logique implacable. Cf. *supra*, pp. 57 et s.

(49) J. Rivero, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? », Dalloz, 1951, Chronique VI, pp. 21 et s. M. Rivero a également préfacé la thèse de M. Jeanneau.

au Conseil d'Etat. Outre les développements qu'il accorde à la politique jurisprudentielle de la Haute Assemblée, l'observateur pertinent, se penche sur la génétique des principes généraux et envisage surtout leurs fondements.

L'étude des principes généraux du droit laisse entrevoir quatre groupes principaux de règles dans lesquelles beaucoup de juristes ont vu à la fois les fondements, les techniques d'élaboration et les règles d'application des principes généraux : les principes traditionnels de 1789, les principes que le juge découvre dans le droit privé ou la procédure civile, les principes qui découlent de la nature des choses, et ceux qui concrétisent un certain nombre d'exigences éthiques. Les deux premières catégories correspondent aux techniques d'élaboration des principes généraux de procédure, telles qu'elles seront envisagées dans cet ouvrage, les deux autres répondent à une « conception de l'homme et du monde », à une « éthique en quelque sorte officielle, « dont nul dans l'Etat n'est présumé vouloir s'affranchir ». Conception souple, évolutive qui n'est pas liée par une idéologie rigide. « Cette conception n'est nullement systématique », tient à préciser M. Rivero, « encore qu'elle se rattache à la tradition libérale de la « façon la plus étroite. Elle a varié dans le temps s'écartant notam- « ment du libéralisme économique qu'elle avait longtemps ac- « cepté » (50).

Le succès obtenu par l'effort de réflexion et de classification de M. Rivero a été retentissant. Il consacrait l'œuvre hardie mais fragmentaire du Conseil d'Etat, conduit sur cette voie par certains de ses commissaires du gouvernement (51) parmi lesquels il faut citer notamment MM. Odent (52) et Letourneur (53). Mais il est bon de préciser qu'ils considéraient parfois comme source ou technique d'élaboration des principes généraux ce que M. Rivero envisagea comme contenu de ces mêmes principes (54).

(50) *Loc. cit.*, p. 22.

(51) Delvolvé, concl. sur ministre de l'Agriculture, Dame Lamotte, R.D.P., 1951, p. 478 ; Donnedieu de Vabres, concl. sur C.E. Ass., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Gaz. Pal., 1953.I.300 et R.D.P., 1953, p. 448 ; Fournier, concl. sur C.E., 26 juin 1959 « Syndicat général des ingénieurs conseils », A.J.D.A., 1959.I.153, R.D.P. 1959, p. 1018.

(52) Conclusions sur Aramu, Mattei, C.E., 26 octobre 1945, S. 1946.III.1 ; sur d'Aillières, C.E. Ass., 7 février 1947, R.D.P. 1947, p. 68. Voir également « les droits de la défense », Et. et Doc., 1953, pp. 55-56 et « Contentieux administratif », I.E.P., 1962, T. 3, pp. 924-940.

(53) Letourneur, conclusions sur les affaires suivantes : C.E., 16 avril 1948, Laugier (S. 1948.3.36) ; Sté du Journal « L'Aurore », C.E., 25 juin 1948 (S. 1948.III. 69 et Gaz. Pal., 1948.II.7) ; C.E., 9 mars 1951, Sté des Concerts du Conservatoire (Dt social 1951, p. 368), C.E. Ass., 28 mai 1954, Barel (Rec., p. 308, R.D.P. 1954, p. 509). Cf. également « Les principes de la non-rétroactivité des actes administratifs », Et. et Doc., 1955, pp. 37-49. « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », Et. et Doc., 1951, p. 19.

(54) M. Rivero a complété par la suite sa conception des principes généraux et ne les considère pas comme des données du droit naturel. Voir notamment, *Cours de Libertés Publiques*, 1964-1965, Ed. « Les Cours de Droit », Paris, pp. 144-148.

91. — *Synthèse de la doctrine.* Au risque de les déformer légèrement, ces différentes théories peuvent être ramenées à quelques données essentielles qui recouvrent l'introduction et l'application des principes généraux en droit positif :

— Les principes généraux du droit et de la procédure constituent une source nouvelle du droit et prennent place à côté de la norme écrite qu'ils remplacent, complètent, renforcent ou limitent, selon les cas.

— L'élaboration et l'application des principes généraux se font en dehors de tout texte, en vertu de règles non écrites.

— Ils tirent leur fondement à la fois d'une certaine éthique de la vie et d'une certaine conception de notre société en transcrivant, dans le droit positif, des règles morales et sociales auxquelles la Nation a accordé son *consensus.* Cette caractéristique vaut aussi bien pour les principes généraux du droit que ceux de la procédure.

On comprend ainsi la fonction *moralisatrice* reconnue aux principes généraux. Ces règles non écrites permettraient de sanctionner, par l'annulation de leurs actes ou par la mise en œuvre de leur responsabilité, les autorités administratives qui ont agi à l'encontre des fondements essentiels de notre société. Sans remettre en cause la notion même de principe général dégagée par ces auteurs, quelques remarques peuvent être adressées à la conception d'ensemble qu'ils défendent.

§ 2. — Critique des explications doctrinales.

92. — Le charme exercé par les principes généraux, en tant qu'ils expriment une réflexion sur le droit positif, conduit beaucoup d'observateurs vers des zones fort éloignées de la technique juridique qui, pourtant, permet seule de comprendre l'apparition, le développement et l'application des règles non écrites en droit public. Notre désaccord, à la fois fondamental et méthodologique, se résume à deux points :

Au plan du fondement des principes généraux de procédure, toute explication qui repose sur le droit naturel, quelle que soit son expression, n'explique pas l'apparition et le développement de ces règles en droit positif (55).

Au plan méthodologique, il est indispensable de dissocier l'élaboration de l'application des principes. Les critiques développées ici se limiteront à la méthode utilisée par la doctrine pour expliquer l'éclosion des principes généraux de procédure.

(55) Nous ne développerons pas ici cette critique. On peut se contenter de rappeler que si seul le droit naturel rendait compte de l'apparition et du développement des principes, l'« intervention du juge serait réduite à un simple enregistrement inconciliable avec le pouvoir quasi législatif, unanimement reconnu au Conseil d'Etat. Cet argument a été approfondi dans des développements antérieurs.

A. — La confusion entre le fondement et l'élaboration des principes généraux du droit et de la procédure.

93. — Le doyen Jeanneau a intitulé l'un des chapitres de son ouvrage « Les techniques d'élaboration des principes généraux ». Il y étudie à la fois les *techniques* d'élaboration et le *fondement* des principes généraux, phénomènes distincts qui méritent d'être dissociés pour éviter une confusion préjudiciable à la compréhension de la notion étudiée.

94. — *Les éléments de la confusion.* Une analyse des éléments constitutifs du principe général du droit ou de la procédure mettra en relief l'ampleur de la confusion reprochée à une partie de la doctrine. Il importe de distinguer, par une définition sommaire, un certain nombre de concepts : celui *d'élaboration* du principe général, celui de *techniques d'élaboration*, celui de *fondement* et celui *d'application* des principes généraux.

94 *bis.* — Dans son sens le plus général, l'élaboration est, soit une *création*, soit une opération intellectuelle ou matérielle par lesquelles un objet ou une règle subissent une *modification spéciale*. L'élaboration du principe général du droit ou de procédure est une création imputable au juge administratif qui fait subir à certaines règles juridiques des modifications dont l'ampleur apparaîtra par la suite.

L'acte créateur, fondant le principe général du droit ou de la procédure, ne doit pas être isolé des autres éléments qui participent à la genèse du principe. Il doit être rapproché, à la fois, des processus ou techniques qui permettent sa réalisation et du fondement sur lequel repose l'action du juge pour parvenir à cette fin. Le Conseil d'État crée un principe général de procédure (celui du recours pour excès de pouvoir), c'est-à-dire une règle non écrite ayant une valeur juridique éminente parce que la législation (loi des 7-14 octobre 1790, art. 9 de la loi du 24 mai 1872) le permet et que cette législation correspond à l'état de droit (fondement). L'ampleur de la transformation subie par la règle juridique originaire, au cours de l'élaboration du principe général, dépend en partie de la technique utilisée pour aboutir à ce résultat.

95. — Dans son sens le plus courant, la technique peut être définie comme un ensemble de procédés nécessaires à une fabrication, ou comme la partie matérielle d'un art. Dans la genèse du principe général de procédure, la technique intervient pour permettre la création de la règle étudiée. Elle est donc directement associée à l'acte de création. L'originalité du principe général repose sur la particularité des techniques utilisées.

Le principe de la légalité selon lequel toute règle juridique inférieure doit être, sous la garantie du juge, compatible avec la règle juridique supérieure, servira d'illustration à la définition précédente. L'auteur du principe est naturellement le juge qui estime nécessaire

de renforcer l'application de l'article 7 de la Déclaration du 26 août 1789 et de certains textes législatifs postérieurs (loi des 7-14 octobre 1790, art. 9 de la loi du 24 mai 1872, etc.). En outre, la législation révolutionnaire, en même temps qu'elle affirmait la séparation des autorités administratives et judiciaires, organisait un recours devant le Conseil du Roi pour incompétence (loi 7-14 octobre 1790). Le principe de la légalité engendre une application particulièrement rigoureuse de la législation de 1790. C'est *l'analogie* existant entre une situation particulière soumise au juge et les textes préexistants (loi de 1790 et législation postérieure) qui détermine la création du principe général de procédure.

A la lumière de cet exemple, la *technique utilisée par le juge dans l'élaboration des principes généraux du droit ou de la procédure, fait apparaître deux composantes : des matériaux et un procédé. Les « matériaux » sont les textes et, le cas échéant, certaines règles non écrites qui sont les données brutes de l'acte créateur du juge. Le « procédé » est essentiellement le raisonnement par analogie.* Le juge infère de certains textes la possibilité de les étendre à des situations pour lesquelles ils n'étaient pas expressément prévus originairement.

La conjonction de ces composantes constitue une technique dont le juge ne peut s'abstraire pour élaborer un principe général.

L'acte de création et les techniques qui lui servent de support n'ont, par eux-mêmes, rien d'exceptionnels. Toute règle prétorienne fait entrevoir la conjonction d'éléments assez comparables. Peut-être est-ce la raison pour laquelle les auteurs étudiés n'ont pas cru devoir les mettre en relief lorsqu'ils expliquaient l'apparition des principes généraux en droit positif. Dès lors que l'on désire que le principe général n'apparaisse pas comme une notion syncrétique, les techniques d'élaboration doivent être au cœur de toute théorie des règles non écrites. Ce risque n'existe pas si l'on isole le fondement des règles d'élaboration.

96. — Le juge crée les principes généraux du droit et de la procédure à la seule condition qu'ils répondent à un *fondement* certain. Mais qu'entend-on par fondement d'une règle ou d'une institution ? C'est ce sur quoi repose un certain ordre ou, dans un sens plus précis, « le système formé par les idées et les propositions les plus générales... d'où l'on peut déduire tout un ensemble de... préceptes » (56). Dans ce sens, le fondement de l'induction est une règle telle que l'on en puisse déduire logiquement la possibilité de passer des faits au droit positif.

C'est ainsi que le principe de l'égal accès de tous aux emplois publics aura pour fondement, selon le commissaire du gouvernement

(56) Cf. LALANDE, « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », P.U.F. 1960, V. fondement ; assez différent du fondement de la règle de droit, le fondement de la morale est le « Principe d'où se déduisent des vérités morales particulières dans un système éthique donné », *ibid.*

Letourneur « le régime démocratique qui est le nôtre... l'ensemble des « concepts d'égalité et de liberté que ce régime suppose politique- « ment, socialement et économiquement et qui sont intimement liés « dans nos esprits et dans nos cœurs depuis 1789 » (57).

97. — Pour terminer, il faut rappeler que par *application*, on entend la mise en pratique d'un précepte ou d'une règle. L'application des principes généraux de la procédure est différente de leur élaboration, bien que dans la plupart des cas il y ait concomitence entre la création et la première application d'un principe général. C'est à raison de cette unité dans le temps que certains auteurs sont tentés d'avancer que les règles non écrites sont élaborées en dehors de tout texte.

En résumé, *les principes généraux du droit et de la procédure sont le résultat d'une certaine élaboration qui repose sur un fondement juridique donné et qui répond à certains processus techniques.*

98. — L'élaboration du principe général de procédure se réduit, pour le juge, à un pouvoir d'appréciation. Il décide qu'une règle juridique a vocation à devenir un principe général au vu de l'Etat de Droit. Or, c'est cet Etat de Droit qui constitue le fondement des principes généraux. Le juge décide si la norme générale ou particulière, la notion ou l'institution, doivent être élevées au rang des principes généraux, compte tenu de la vision qu'il se fait du droit.

Dans l'élaboration du principe général de la procédure, le pouvoir de création que s'octroie le juge est combiné avec ses pouvoirs d'application de la règle de droit. La réception des normes juridiques préexistantes est plus une application qu'une création de la règle de droit (58). A l'inverse, la décision de créer, sur la base d'un certain fondement, un principe, sans être une création juridique pure, accorde une place mineure aux règles d'application du droit. On comprend alors que les auteurs aient forgé un rapport — trop rigoureux — entre l'élaboration des principes et le pouvoir de création du juge. Mais, en forçant la réalité, ils ont déformé la nature des principes. Les règles du Code de Procédure civile illustrent l'erreur commise. M. Jeanneau voit en elles un processus d'élaboration des principes généraux de procédure, ce qui est exact, mais à ses yeux il s'agit d'une création pure. La création existe bien — et elle est grande — mais elle n'est concevable qu'en vertu de certaines règles techniques (59). Admettre une autre thèse serait reconnaître que les principes peuvent

(57) C.E. Ass., 28 mai 1954 : Barel, Guyader, Fortune, Bedjaoui et Lingois, Rec. p. 308. Cf. également sur la liberté d'opinion, MORANGE, « La liberté d'opinion des fonctionnaires », D. 1953, Chr. p. 149. Pour l'accès à la Fonction publique : C.E., 27 juillet 1939, Dlle Beis, Rec. p. 524 ; C.E., 4 mai 1948, Conner, note Rivero, S. 1949.3.42 ; C.E., 3 mai 1950, Dlle Jamet, Rec., p. 247.

(58) Nous verrons (S. II) que le pouvoir créateur du juge est inversement proportionnel à la marge d'indétermination juridique que comble le principe.

(59) Cf. *infra*, S. II, § 3 : « Les emprunts à la procédure civile », pp. 83 et s.

être créés et appliqués, en dehors de tout texte, en dehors de toute règle du droit positif.

99. — En assimilant les techniques et le fondement de l'élaboration des principes généraux, on forge une notion juridique difficile à intégrer dans le droit français. On conçoit aisément qu'une règle juridique, élaborée à partir des « aspirations latentes qui se partagent en conscience nationale », corresponde assez peu à l'état du droit public français. Aussi pour la maintenir parmi les règles du droit positif, faut-il la hisser au niveau des normes supra-législatives. On évite ainsi une confrontation entre diverses règles qui risquerait de reléguer les principes généraux du droit ou de la procédure au rang des simples règles interprétatives. En revanche, en admettant que la « conscience nationale » participe du fondement des principes généraux et que leur élaboration répond à des techniques juridiques sûres, on n'éprouve plus aucune difficulté à recevoir les principes généraux dans la hiérarchie des normes. Leur place s'impose d'elle-même.

B. — La généralité des distinctions proposées.

100. — Les principes généraux ne sont pas des créations *ex nihilo*, comme l'avancent certains auteurs. Chaque règle non écrite résulte de l'application d'une règle juridique préexistante. Le rapport création-application du droit dans l'élaboration des principes généraux du droit et de la procédure doit être maintenu dans toute sa rigueur. Seule une confusion, contraire à la nature réelle des principes, entre fondement et techniques d'élaboration, aboutit à des conclusions différentes. Mais cette confusion n'est-elle pas parfois concevable ? Une réponse négative doit être faite pour une double raison. Les distinctions proposées mettent en évidence la fonction réelle du juge dans la création des principes généraux et évitent de faire de ces règles des normes issues du droit naturel.

101. — Il paraît nécessaire de distinguer, en l'état actuel du droit positif, principes généraux du droit et principes généraux de procédure, au plan de leur fondement et de leur élaboration (60). Dans le développement des principes généraux du droit, le phénomène de création prédomine largement l'élément « d'application ». Le rapport est inversé pour des principes généraux de procédure. C'est la raison pour laquelle les auteurs, qui ne se sont pas encore livrés à une exégèse des principes généraux de procédure (sous réserve des droits de la défense) (61), ont négligé la distinction fondement et technique d'élaboration. Or, la jurisprudence commence à mettre l'accent sur des principes *sui generis*, les principes généraux de la procédure (62).

(60) Voir la comparaison, *infra*, ch. 3, pp. 162 et s.

(61) Cf. M. Letourneur, « Les droits de la défense », *loc. cit.*, pp. 19-21, voir *supra*, pp. 161 et s.

(62) Voir *supra*, Introduction, Section III, pp. 34 et s. et *infra*, ch. 3 : La notion de principe général de procédure.

Il n'est donc pas contraire à la nature des principes généraux d'affirmer que leur élaboration varie selon qu'ils règlent un problème de procédure ou organisent une règle juridique de fond. Les seconds ont des sources plus faibles dans le droit positif. Cette remarque est fondée notamment pour les principes généraux du droit qui reposent sur la Déclaration des Droits de 1789 (63), ou sur le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (64). Les Déclarations et Préambules sont devenus des éléments du droit positif à distinguer, en règle générale, des principes généraux eux-mêmes (65). Certains auteurs continuent de leur refuser sinon un caractère normatif, du moins une valeur purement législative. D'autres, au contraire, assimilent les dispositions contenues dans les préambules aux principes généraux (66), ou estiment qu'ils servent de base non écrite à certains principes dénués de support législatif, comme l'a remarqué M. Chenot : « La « plupart de ces principes sont posés par la Déclaration des Droits « de 1789 ou par le Préambule de la Constitution de 1946. Ceux qui « n'y sont pas mentionnés expressément, tels la non-rétroactivité ou « le droit de contestation, sont la conséquence indispensable des « premiers » (67). Dans la mesure où ces textes solennels ont valeur

(63) Voir les conclusions de M. Letourneur sur C.E., 28 mai 1954, Barel, Rec. 310. Le fait que la Déclaration de 1789 serve de fondement certain à de nombreux principes (B. JEANNEAU, *op. cit.*, pp. 137-138) interdit-il que le même texte permette leur élaboration ? Tant que la Déclaration n'a pas eu valeur de droit positif, elle ne pouvait, en aucun cas, permettre l'élaboration d'un principe général. Mais le problème est différent à l'heure actuelle. Voir notamment concl. Gazier sur C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, J.C.P., 1950.II.5681 et *infra* note (65). En tant que règle du droit positif, la déclaration peut servir, comme tout autre texte, à l'élaboration des principes généraux.

(64) Voir sur ce point les concl. de M. Fournier sur C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs Conseils, R.D.P. 1959, notamment pp. 1012-1013.

(65) Voir la Déclaration Guy Mollet à l'Assemblée Constituante le 8 mai 1946, *J.O.* Ass. cons. I, p. 647. L. Duguit reconnaissait à la déclaration de 1789 valeur de droit positif ; dans le même sens, M. Waline (note sous Dehaene, R.D.P., 1950, pp. 691, 696) et M. BERLIA, « La crise constitutionnelle de mai-juin 1958 », R.D.P. 1958, pp. 918 et s. M. GEORGEL, « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P. 1959, pp. 88-101 ; *Contra* M. Pelloux. Il ne reconnaissait aux dispositions contenues dans le Préambule et dans la Déclaration qu'une certaine valeur indicative (*loc. cit.*, pp. 136-139).

(66) La rédaction de l'arrêt Sté Eky (C.E. Sec., 12 février 1960, conclusions Kahn, Rec. p. 102) paraît confirmer cette interprétation ; les auteurs de la Constitution « ont entendu spécialement déroger sur ce point au principe général énoncé par l'article 8 de la Déclaration des Droits » de 1789. L'article 8 dispose : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit. »

(67) C.E., 4 février 1944, Guieyesse, concl. Chenot, note Jèze, R.D.P., 1944, p. 58. Le principe de l'égalité des contribuables constituerait la seule exception : « Aucun texte constitutionnel, aucune loi n'affirment l'égalité des contribuables devant l'impôt. Votre jurisprudence ne se fonde pas sur le texte de la Déclaration des Droits de 1789 pour donner une valeur juridique à cette règle. Elle y voit néanmoins un des principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré, depuis 150 ans, nos institutions et ont donné notre législation ».

de droit positif, la base juridique des principes généraux de droit est assurée.

L'affirmation selon laquelle la Déclaration a pu servir de *fondement* à la création des principes généraux n'en est pas pour autant détruite, car dans cette œuvre, des éléments différents (dispositions précises et esprit de la Déclaration) servent à l'élaboration des principes généraux : La philosophie qu'elle renferme, l'ensemble « des concepts d'égalité et de liberté » (68) forgent *l'opinio juris* du juge, c'est-à-dire le fondement des principes. En revanche, dans l'exemple cité, l'article 8, pris singulièrement, est une règle du droit positif, élément technique sur lequel repose l'élaboration du principe de l'égal accès aux fonctions publiques.

Les distinctions proposées présentent-elles un intérêt puisque la règle de droit qui sert à la création du principe général du droit ou de la procédure change de nature en étant intégrée au principe (69) ? Elles méritent d'être maintenues, car la fonction créatrice du juge n'a pas la même intensité lorsque les techniques d'élaboration sont isolées des autres composantes du principe général de procédure.

101. — Les difficultés et oppositions décelées chez les auteurs proviennent du fait que le rapport *Application-Création* n'est pas le même pour tous les principes généraux. Mais dans tous les cas, et quel que soit le rapport envisagé, les différentes composantes (technique d'élaboration, fondement de l'élaboration, règles d'application) des principes généraux du droit et de la procédure doivent être soigneusement distinguées.

Section II

L'ELABORATION TECHNIQUE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE : LA RECEPTION DE REGLES JURIDIQUES PREEXISTANTES

102. — En créant un principe général de procédure, le juge administratif comble la marge d'indétermination qui sépare un texte — dont il modifie la portée — de l'espèce qui lui est soumise. *Le principe général est donc dégagé de règles juridiques préexistantes et l'intervention du juge s'analyse en une réception de ces règles.*

Le juge, en vertu des règles d'analogie, assure généralement le développement de règles juridiques écrites (Sous-Section I). Les règles non écrites du droit (coutume, principe général de droit) servent rarement de base à l'application des principes de procédure (Sous-Section II).

(68) M. Letourneur, concl, précitée sur C.E., 28 mai 1954, Barel, Rec., p. 310.
(69) Voir *infra*, Section III, pp. 100 et s.

Sous-Section I

LE DEVELOPPEMENT DES REGLES JURIDIQUES ECRITES PAR LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

103. — *A la base de chaque principe général de procédure, on retrouve un texte dont la portée est développée par la création même de ce principe.* Le législateur ouvre donc la voie à l'activité créatrice du Conseil d'Etat qui se contente de parachever l'œuvre ébauchée. Mais l'intervention du juge est déterminante. C'est lui, et personne d'autre, qui *crée* les principes généraux de procédure.

Une règle fondamentale doit être rappelée. Le Conseil d'Etat ne procède jamais *ex nihilo*. Sans la préexistence d'un texte législatif, il semble bien qu'aucun principe général de procédure n'aurait été élaboré ou appliqué (70). Cela ne signifie pas que les textes servent de fondement exclusif à la création et à l'application des principes généraux de procédure (71). Cela n'implique pas, non plus, que toutes les sources non écrites du droit (au premier rang desquels se situent les principes généraux du droit) soient forgées dans un moule semblable. La constatation faite ici prétend n'avoir de valeur que pour les seuls principes généraux de procédure.

Les processus d'élaboration des principes généraux de procédure varient assez peu et ne se sont pas fondamentalement renouvelés. Sous leur impulsion, le juge procède à l'élargissement d'une législation partielle (§ 1) ou à l'interprétation de l'esprit d'une législation générale (§ 2). Dans les deux cas, les principes généraux de procédure peuvent constituer une transposition en procédure contentieuse administrative d'une technique d'une autre branche du droit (§ 3).

§ 1. — Le principe général de procédure et la généralisation d'une législation partielle.

104. — Dans ce premier cas, *la marge d'indétermination* qui existe entre les normes générales et les cas particuliers soumis au juge *est assez restreinte*. La réception du texte n'est que plus facile à réaliser. « C'est dans l'application répétée de textes divers, mais consacrant « des solution identiques, que le principe général prend, la plupart

(70) Des règles non écrites auraient certainement été élaborées sous l'influence d'autres facteurs. Le juge aurait développé la coutume (cf. *infra*, pp. 92 et s.) ou il aurait appliqué des préceptes de valeur indéterminée comparables aux brocards et fortement inspirés de la morale sociale.

(71) L'organisation juridictionnelle, la coutume et surtout la dynamique du Conseil d'Etat ont profondément influencé le développement des principes généraux de procédure. Certains principes généraux du droit permettent également l'élaboration des principes procéduraux. Cf. *infra*, pp. 96 et s.

« du temps, sa véritable source ». Si la remarque de B. Jeanneau vaut pour les principes généraux du droit, sa pertinence est plus grande encore au regard des principes généraux de procédure (72).

105. — Grâce aux principes généraux de procédure, et en raisonnant par analogie, le juge a imposé des extensions multiples et répétées à des textes primitivement applicables au Conseil d'Etat et aux Tribunaux Administratifs.

Le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs sont, avec les tribunaux de pensions, les privilégiés de la justice administrative, sur lesquels le législateur s'est penché avec une certaine attention. Les autres juridictions, organismes de circonstances (73) n'ont pas bénéficié de la même complaisance. C'est en raisonnant par analogie que le Conseil d'Etat a introduit dans leur procédure des textes qui ne leur étaient pas clairement destinés : Si une institution est applicable à une, à deux ou à trois des principales juridictions administratives, elle peut l'être, à plus forte raison, à des organismes moins élaborés dont l'organisation ne s'oppose pas au rayonnement de la règle reçue (74). Les principes généraux de procédure ont repris, soit l'esprit, soit la lettre même des textes partiels qui ont servi à leur application devant toutes les juridictions administratives. Les droits de la défense et les conditions d'application du double degré de juridiction en fournissent des exemples :

106. — *Premier exemple.* — Transposition de l'esprit d'une législation partielle : les droits de la défense.

Les droits de la défense constituent un « principe-cadre », c'est-à-dire qu'ils sont composés d'un grand nombre de principes et de règles non écrites qui résultent de la généralisation d'une législation partielle, issue de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs. Une application constante et répétée des textes devant ces juridictions favorisait leur élargissement à des organismes secondaires. C'est ainsi qu'un principe général de plus en plus vaste a été dégagé selon lequel les parties doivent être averties du déroulement de la procédure contentieuse (75). L'évolution s'est produite en deux temps. Le Conseil d'Etat a consacré, en premier lieu, le principe selon lequel les parties doivent être averties de l'existence de la procédure contentieuse à laquelle elles sont intéressées; en second

(72) Nous émettons une réserve sur le mot « source » employé par B. Jeanneau. Il vise davantage l'élaboration et le fondement des principes que leur technique d'élaboration. Voir *supra*, S. I, § 1, pp. 63 et s.

(73) Cf. *supra*, Introduction S. I, notamment, pp. 61 et s.

(74) Cf. *infra*, S. II. Le sens que nous donnons à la réception des normes générales ou partielles.

(75) Cf. II[e] partie, Les droits de la défense, S.S. I, « Le droit des parties d'être informées de l'existence et du déroulement d'une procédure contentieuse », pp. 392 et s.

lieu, il a établi un ensemble de règles en vertu desquelles les parties doivent connaître la progression de l'instance.

107. — *1re phase : L'avertissement de l'existence d'une instance.*

De l'élargissement de la réglementation propre au Conseil d'Etat a résulté un principe général de procédure. Devant le Conseil d'Etat, la mise en cause des parties autres que l'Etat est effectuée par une ordonnance de soit-communiqué, signée du président de la Sous-Section d'instruction (76). Les articles 1er et 7 de la loi du 22 juillet 1889 avaient introduit une procédure semblable devant les Conseils de Préfecture. Devant les autres juridictions, l'imprécision la plus complète régnait. Aucune règle, de portée générale, ne permettait au défendeur à l'instance et à l'ensemble des parties en cause d'être averties avec certitude de la procédure dont ils faisaient l'objet. Le Conseil d'Etat a généralisé l'application de la législation partielle sus-indiquée dans deux directions différentes : Ses premiers efforts ont porté sur l'adaptation au contentieux disciplinaire (77) de certaines règles d'avertissement; il les a ensuite transposées à l'ensemble des juridictions administratives. Le Conseil d'Etat estima qu'en vertu du principe des droits de la défense, le jury d'honneur (78) avait le devoir « d'aviser l'intéressé de la procédure suivie à son égard » (79). Les procédés d'information sont laissés à la discrétion des juridictions (80).

108. — *2e phase : L'avertissement du déroulement de l'instance.*

Le déroulement de l'instruction a également été le cadre d'une évolution continue, favorable aux parties. Des textes multiples précisent au juge la liste des mesures et éléments de l'instruction dont il doit donner connaissance aux parties. Ils ont tous pour objet ou pour effet

(76) En vertu de l'article 54 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui reprend des dispositions contenues par les différents textes depuis le décret de 1806. Pour les affaires dispensées du ministère d'avocat, c'est-à-dire pour le recours pour excès de pouvoir la requête est transmise par voie administrative.

(77) Cf. *infra*, II, pp. 396 et s.

(78) Le jury d'honneur, dont le caractère juridictionnel et administratif avait été reconnu (Conseil d'Etat Ass., 7 février 1947 d'Aillières) pouvait se saisir d'office et statuer sur l'éligibilité des parlementaires ayant voté la loi de pleins pouvoirs du 10 juillet 1940. L'ordonnance du 6 avril 1944 restait muette sur l'avertissement réel à donner aux intéressés, mais celle du 19 avril 1944 disposait que les intéressés devaient être mis à même, « en temps utile », de présenter leurs moyens de défense. Ainsi le jury d'honneur avait l'obligation — implicite — d'avertir les justiciables. (Voir *infra*, IIe partie, le principe du recours en cassation IIe partie, pp. 321 et s.).

(79) C.E. Sec., 24 mars 1950, Bergery, Rec. p. 187.

(80) L'analogie entre le principe appliqué et les textes préexistants laisse cependant un certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire au juge. C'est lui qui détermine les modalités de réalisation de la procédure dégagée. Le juge choisira et le Conseil d'Etat appréciera si le procédé retenu a permis une défense « utile » (voir *infra*, IIe partie, p. 414).

de garantir au duel juridictionnel son caractère contradictoire. Devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs, les décisions de l'organe d'instruction sont transmises aux parties en cause, soit par le tribunal, soit par la voie administrative. Aucun élément de l'instruction ne peut échapper à la connaissance de l'une des parties (81). Les obligations légales du Conseil d'Etat et des Tribunaux Administratifs ont été imposées à toutes les autres juridictions par l'application des règles et principes généraux de procédure. En 1918, le commissaire du gouvernement Berget recommandait déjà un dépassement du droit positif. « Tout justiciable qui plaide devant un juge a le droit de connaître toutes les pièces qui passeront sous les yeux du juge, toutes les pièces surtout qui sont soumises au juge » (82).

109. — Devant la multiplication des juridictions, peu ou mal organisées au plan procédural, la mesure édictée paraissait encore insuffisante. La transposition jusque là partielle, des textes propres au Conseil d'Etat ou aux tribunaux administratifs, méritait d'être complétée par un principe plus large, introduit par l'arrêt « Société des Travaux et Carrières du Maine » (83). Depuis lors, les parties doivent être informées de « tout élément nouveau » de l'instance. Le nouveau principe répond aux nécessités processuelles. Il dégage une règle unique valant pour la durée entière de l'instance et se substitue, fort heureusement, à des textes multiples et incomplets. L'unité qu'il réalise n'exclut pas la diversité des modes de réalisation de l'avertissement. Les juridictions secondaires, en présence des textes partiels qui les régissent ou en l'absence de textes exprès conservent toute latitude sur la façon de prévenir les intéressés du fait nouveau dont ils doivent être informés. Sous le contrôle du Conseil d'Etat, elles

(81) Peu importe que l'élément d'instruction émane de la partie adverse ou de l'organe instructeur, il sera toujours communiqué aux intéressés. Il sera même assorti le cas échéant des délais dans lesquels les réponses doivent être produites. (Art. 6 de la loi du 22 juillet 1889 et ordonnance du 31 juillet 1945 : art. 35, 52, 53.) L'article 37 du décret du 30 juillet 1963 opère une synthèse des règles existantes : « La communication des requêtes et recours aux parties intéressés et aux ministres et, s'il y a lieu, les mises en causes, les demandes de pièces et tous autres actes d'instruction, sont délibérés sur l'exposé du rapporteur par les Sous-Sections, qui fixent les délais dans lesquels les réponses doivent être produites. » Mesures de simple instruction, mesures proprement inquisitoriales et, s'il y a lieu, incidents relatifs à la preuve sont connus de tous.

(82) C.E., 10 août 1918, Villes concl. Berget, Rec. p. 843. En vertu du caractère écrit de la procédure administrative la communication du document se confond avec la progression de l'instance. C'est pourquoi le Conseil d'Etat fait état de la règle générale « applicable, même en l'absence de texte exprès à toutes les juridictions », selon laquelle « aucun document ne saurait être régulièrement examiné par le juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance » (*ibid.*, p. 848). La règle posée assure à la procédure un caractère contradictoire et évite, comme les dispositions législatives qui lui servent de base certains effets de surprise préjudiciables aux droits de la défense.

(83) C.E., 11 mars 1960, note F.B., D. 1960.J.433. Voir *infra*, II[e] partie, Les droits de la défense, pp. 408-410.

apprécient les faits qui doivent être communiqués, les procédés techniques d'avertissement et les délais de communication (84).

110. — *Résumé de l'élaboration du principe :* Dans les hypothèses précédentes, le raisonnement par analogie qui permet l'application des principes généraux de procédure est caractérisé de deux façons :

— L'extension à l'ensemble des juridictions d'une procédure prévue législativement pour certaines d'entre elles (85).

— L'abandon formel (et purement apparent) des textes de référence qui ont inspiré l'extension réalisée par les principes généraux de procédure.

111. — *Deuxième exemple.* — Transposition directe d'une législation partielle : la naissance du double degré de juridiction.

Le développement du double degré de juridiction a été marqué par le désir du Conseil d'Etat de combler la marge d'indétermination entre les textes fragmentaires et les cas d'espèce à lui soumis, en procédant, comme précédemment, par analogie. Mais, à la différence de l'exemple précédemment décrit, la base législative formelle qui servait de point de départ au syllogisme juridictionnel n'a pas été abandonnée.

112. — Le Conseil d'Etat a estimé que si un texte était applicable à telle ou telle juridiction, il l'était certainement à l'ensemble des juridictions qui se trouvaient placées dans des situations identiques aux premières. L'article 9 de la loi du 24 mai 1872, organisant l'appel contre certaines décisions rendues en premier ressort, n'avait d'effet normalement qu'au regard des jugements des Conseils de Préfecture (86). Non satisfait de ce cadre étroit, le Conseil d'Etat a estimé que l'article 9 faisait naître un « droit général d'appel » (87). Dans ses conclusions sur l'arrêt Vernon, le Commissaire du gouvernement se rallie même à ce point de vue dont rendait parfaitement compte l'arrêt « Election au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toi » (88). Il dispose que, aux termes de la législation de 1872, « le Conseil d'Etat « statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et « qu'il a été fait application de ce principe dans l'article 86 du décret

(84) Nous pouvons donner d'autres exemples que nous développerons par la suite : le secret des délibérés qui étaient de règle pour le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs est devenu un principe général de procédure. Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 483-485.

(85) Voir *infra*, II[e] partie : les droits de la défense, pp. 394-398.

(86) « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir » (art. 9 de la loi du 29 mai 1872). Cf. *infra*, II[e] partie, « Les principes généraux de l'appel », pp. 274-280.

(87) C.E., 3 juillet 1914, « Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toï, Rec. p. 810.

(88) C.E., 3 juillet 1914, précité, Rec. p. 810.

« du 5 août 1881 » et dans celui du 5 mars 1889, relatifs aux Conseils « du contentieux des colonies. Ces décrets ne pouvaient, en aucun cas « apporter une dérogation à la règle du double degré de juridiction « instituée par une loi, qui, à raison de la généralité de ses termes « doit être tenue comme régissant aussi bien les tribunaux adminis- « tratifs de la métropole que ceux qui siègent aux colonies » (89).

113. — La démarche du juge rend compte parfaitement de ses préoccupations. En un premier temps, il pose l'hypothèse qu'il démontrera par la suite : il constate l'existence d'une législation particulière applicable, en l'espèce, aux tribunaux administratifs de la métropole et désire l'étendre, par le biais d'un Principe général de procédure, à l'ensemble des juridictions. En un second temps, il restreint la portée des textes les plus particuliers (décrets organisant la procédure des Conseils du Contentieux) et assimile les juridictions spéciales (Conseils du Contentieux) aux juridictions régies par le texte dont il veut étendre l'application (tribunaux administratifs soumis à l'art. 9 de la loi de 1872). *Ainsi la norme particulière devient une norme de portée générale et se confond avec un principe :* la loi de 1872 pose la « règle du double degré de juridiction » qui s'applique à l'ensemble des décisions rendues en premier ressort.

114. — *Conclusion du paragraphe.* L'élaboration des principes généraux de procédure, applicables à l'ensemble des juridictions, fait appel à une réception originale de la législation existante. La marge d'indétermination juridique que comblent les principes peut être réduite par le recours à des dispositions législatives partielles qui régissent une juridiction telle que le Conseil d'Etat. Le raisonnement par analogie qui caractérise les principes nés de la généralisation d'une législation partielle recouvre deux hypothèses différentes.

— Le texte qui sert de point de départ ne subsiste pas, au moins en apparence, dans la généralisation qu'il subit (exemple des droits de la défense) ; c'est le cas des textes originellement applicables au Conseil d'Etat et qui sont étendus par les principes généraux de procédure à l'ensemble des juridictions.

— La législation partielle subsiste (apparition du principe du double degré de juridiction) et sert au rayonnement du principe nouveau. L'application du principe général de procédure se confond, dans ce cas, avec celle d'un texte qui a reçu une qualification juridique spéciale.

Les règles de l'analogie jouant différemment lorsque le principe général de procédure résultera de l'extension d'une législation générale à des situations spéciales.

(89) C.E., 4 février 1944, Vernon, concl. Chenot, R.D.P. 1944, p. 288.

§ 2. — Le principe général de procédure et l'interprétation de l'esprit d'une législation générale.

115. — Le pouvoir d'interprétation du juge peut être encore plus large que dans l'hypothèse précédente. L'analogie n'est plus seulement mise au service des dispositions législatives précises, mais de l'esprit général d'une législation. La procédure administrative contentieuse est organisée par des textes peu nombreux. Le Conseil d'Etat a attaché à certains d'entre eux une *présomption d'application* à l'ensemble du contentieux administratif (90) ; cette présomption permet l'élaboration, puis l'application du principe procédural.

A. — La présomption d'application de certains textes.

116. — Dans cette hypothèse, une législation générale participe directement ou indirectement au processus d'application et de développement des principes généraux de procédure : le principe reprend soit l'esprit soit la lettre du texte général. Le rôle de tels textes dans la naissance et l'application des principes généraux de procédure s'explique par des données historiques.

117. — Le contentieux de l'annulation est assez caractéristique de la méthode analysée. Historiquement, le Conseil d'Etat a été la première et la seule véritable juridiction administrative tout au long de la première moitié du XIX[e] siècle et a conservé, jusqu'en 1953, la qualité du juge administratif de droit commun. L'articulation du contentieux de la légalité se faisait autour de lui, et perpétuait son monopole contentieux. Les incidences de cette situation sont évidentes. Les textes procéduraux qui ne sont applicables que devant lui deviennent législation générale. C'est ainsi que la loi des 17-24 octobre 1790 qui ne prévoyait qu'un recours (gracieux ou contentieux) pour incompétence devant le Conseil du Roi put servir de base juridique, après certaines interprétations hardies (91), au contentieux de l'annulation.

(90) Les lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation sont rédigés en termes si généraux qu'ils ne laissent dans des zones d'indétermination que des situations exceptionnelles et rares. Comme les règles législatives considérées dans le point précédent, ces textes s'appliquent essentiellement au Conseil d'Etat, mais envisagent, au surplus, une situation plus vaste.

(91) Cf. *infra*. Le principe du recours pour excès de pouvoir, II, pp. 12 et s. La loi des 7-14 octobre 1790 est une base, peu solide mais très générale, du contentieux de l'annulation : « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portés au roi, chef de l'administration. » L'année 1832 verra la réalisation de cette appropriation et de cette déformation. La loi de 1790 est invoquée pour la première fois cette année là par le Conseil d'Etat qui accueille tout recours « pour incompétence ou excès de pouvoir » contre les décisions des jurys de révision de la Garde Nationale. C.E., 15 juillet 1832, « Garde Nationale de Paris », Préfet de la Seine c. André, Chopin et autres, Macarel, T. 5, p. 182.

Les recours pour excès de pouvoir et en cassation, qui sont alors presque totalement confondus (92), sont tous portés devant le Conseil d'Etat. Les Conseils de préfecture constituent à cette époque plus des organismes administratifs que des organes juridictionnels et n'ont qu'une compétence très limitée qui exclut le contentieux de l'annulation. La compétence de droit commun du Conseil d'Etat ne souffre aucune exception. Lorsque les Conseils de Préfecture acquerront progressivement des prérogatives dans le domaine de l'annulation, leur soumission au Conseil d'Etat demeurera totale grâce aux voies de recours. Le développement de toutes les juridictions secondaires et spéciales sera contrôlée de façon identique. Toute tentative d'autonomisme juridictionnel (juridictions politiques) (93) sera mise en échec par la généralité des textes qui, à l'origine, n'étaient destinés qu'au Conseil d'Etat. Il reste seul juge de cassation de la juridiction administrative et ne partage la censure de l'acte administratif qu'avec les tribunaux administratifs. Les textes qui leur sont applicables forment un rempart en faveur de légalité. Ils jouiront d'une *présomption d'application* dans l'ensemble du contentieux. *Le juge ne fait que souscrire à la volonté du législateur et interprète ainsi l'esprit de son œuvre* qui est même renforcée par les principes généraux de procédure, grâce à la présomption d'application que reconnaît le juge à certains des textes.

B. — La portée de la présomption d'application de certains textes.

118. — Par la présomption dont ils bénéficient et de par leur généralité, certains textes procéduraux l'emportent sur le silence ou sur une volonté « apparemment » contraire du législateur en vertu du principe général à l'élaboration et à l'application duquel ils participent. Le raisonnement du juge est le suivant : Pour permettre, par exemple, à la légalité d'être garantie, le législateur avait institué des voies contentieuses générales (recours pour excès de pouvoir en cassation (loi des 7-14 octobre 1790; art. 9 de la loi du 24 mai 1872) et chargé le seul organisme existant (Conseil d'Etat) d'en assurer la mise en œuvre. L'éparpillement juridictionnel causé par la multiplication des juridictions et la dispersion des compétences n'est qu'un épiphénomène (d'ordre purement procédural) qui ne doit pas altérer la por-

(92) Cf. Peiser, *op. cit.*, pp. 35 et s. L'exemple du « jury de révision » est assez typique. Il était substitué dans certaines de ses fonctions au Conseil de Préfecture, mais était composé d'officiers et d'autres agents publics. Il prenait des décisions à la suite d'une instruction assez brève. L'arrêt « Garde Nationale de Paris » passe tour à tour comme le précurseur du recours pour excès de pouvoir et du recours en cassation.

(93) C.E. Ass. d'Aillières, 7 février 1947, Rec. p. 50, concl. Odent, R.D.P. 1947, pp. 68 et s. Cf. *infra*, II[e] partie. Les jurys d'honneur institués en 1944 pouvaient relever de leur inéligibilité les parlementaires qui avaient voté la loi de pleins pouvoirs du 10 juillet 1940 en faveur du Maréchal Pétain. Voir *supra*, Introduction S. III, p. 37 et *infra* II[e] partie : Le principe du recours en cassation, pp. 320 et s.

tée des règles générales originelles. La loi des 7-14 octobre 1790, l'article 9 de celle du 24 mai 1872 (94) qui prévoit que le Conseil d'Etat statue souverainement « sur les demandes d'annulation pour excès de « pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administra- « tives » instaurent, en l'absence de textes plus particuliers, une censure générale des actes administratifs et des décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort. La volonté du législateur paraît incontestable au juge. Il a posé des règles intangibles qui constituent un principe, une source générale pour les hypothèses particulières.

119. — La rédaction de l'arrêt dame Wolf, rendu le 3 avril 1936 (95) est révélateur de la méthode employée par le Conseil d'Etat. Le maintien, en Alsace-Lorraine, de l'organisation judiciaire allemande, posait des problèmes d'aménagement après le rattachement de ces provinces à la France. Aucun texte n'organisait de recours contre les décisions du « Conseil du Contentieux de l'Office Général des Assurances Sociales » d'Alsace-Lorraine, juridiction administrative en vertu de la législation « locale » de 1911. Le Conseil d'Etat constate d'abord que la décision du Conseil Contentieux a été rendue en dernier ressort; il en conclut « qu'elle est, *par suite*, susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 » (96).

Le caractère de droit commun du recours en cassation sera confirmé par la présomption d'application donnée à l'article 32, *in fine*, de l'ordonnance du 31 juillet 1945, malgré une législation particulière contraire. L'article 32 dispose en effet que le Conseil d'Etat « connaît des recours en cassation dirigés contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort ». La généralité de la formule ne devait laisser aucun doute aux juridictions secondaires ou spéciales. M. Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt d'Aillières ne conteste pas ses qualités. Mais aux termes de l'article 18 *bis* de l'ordonnance du 6 avril 1945, les décisions des jurys d'honneur n'étaient « *susceptibles d'aucun recours* » (97). Fort de la valeur de l'article 32 et en dépit du texte du 6 avril 1945, le Commissaire Odent déclare à l'Assemblée du Conseil : « Toutes les juridictions administratives « sont placées sous votre contrôle de légalité. L'article 32 de l'ordon- « nance du 31 juillet 1945 est formel... Il ne fait d'ailleurs que trans- « crire dans la législation positive un principe incontesté » (98).

(94) Elle n'a plus ici le caractère de législation partielle que nous lui attribuons dans l'élaboration du double degré de juridiction (voir *supra*, § I). En effet, les juridictions d'appel sont multiples et variées à la différence des juridictions de l'excès de pouvoir et de cassation.

(95) C.E., 3 avril 1936, dame Wolf, Rec. p. 441.

(96) C.E. Sec., 3 avril 1936, Dame Wolf, Rec. p. 441. La loi bénéficiait d'une présomption identique pour les décisions des Conseils de Révision auxquels le Conseil d'Etat avait reconnu le caractère de juridiction au début du siècle. Une série de décisions ont été rendues dans les deux sens. Cf. Leur analyse et leur énumération. *Infra*, II[e] partie. Recours en cassation, p. 316.

(97) Cf. *supra*, p. 71 et *infra* II[e] partie, pp. 320 et s.

(98) C.E., 7 février 1947 d'Aillières, concl. Odent, R.D.P., 1947, p. 84.

Toute législation qui paraît contraire doit obéir aux règles d'interprétation restrictives. La règle *exceptio est strictissimae interpretationis* est considérée sous sa plus grande rigueur (99). Peu importe, semble-t-il, que le texte contesté soit antérieur ou postérieur à la règle la plus générale.

120. — *Conclusion du paragraphe.* L'évolution jurisprudentielle qui a abouti à l'arrêt d'Aillières (100) permet de résumer certains traits caractéristes de l'élaboration des principes généraux de procédure.

Un texte général peut bénéficier d'une présomption d'application devant toutes les juridictions administratives, en vertu d'un principe général. Ici, le principe général est induit de l'existence d'un texte de portée générale.

La marge d'indétermination que comble le principe général de procédure varie selon que la situation particulière à régler a fait ou non l'objet d'une réglementation précise. Elle est encore plus grande lorsque le Conseil d'Etat décide de recourir à une technique étrangère à la procédure administrative contentieuse.

§ 3. — Le principe général de procédure et la transposition d'une technique étrangère à la procédure administrative contentieuse.

121. — Pendant plus d'un siècle, la procédure administrative a cherché une voie de développement en procédant à des emprunts dans des disciplines mieux nanties qu'elle (101). En transposant directement ou indirectement dans le contentieux administratif des règles procédurales qui lui étaient étrangères, le Conseil d'Etat rend évident le souci qu'il a de ne pas élaborer, en dehors de tout texte, des principes généraux de procédure (ou des règles générales de procédure), mais de procéder à des emprunts qui n'altèrent pas l'autonomie de la procédure administrative contentieuse et ne l'asservissent pas à une discipline extérieure. En effet, les transpositions réalisées en procédure administrative contentieuse entraînent obligatoirement la transformation de la nature et du régime de la règle empruntée.

La procédure civile (par le canal de Code de Procédure ou de toutes autres dispositions), les procédures pénales et disciplinaires sont les disciplines qui servent le plus fréquemment de base aux principes généraux de procédure contentieuse administrative appliqués par le juge.

(99) Nous verrons ce que signifie juridiquement cet effacement de la norme particulière devant la norme plus générale.

(100) Cf. *infra.* L'arrêt Dame Lamotte, C.E., 17 février 1950, R.D.P., 1951, p. 478, s'inspire des mêmes données, en matière de recours pour excès de pouvoir.

(101) Voir introduction, S. III, pp. 28 et s.

A. — Les emprunts au droit judiciaire privé.

122. — Le juge crée et applique des principes dont la base législative se situe dans le droit privé et le Code de Procédure civile (102). Ces emprunts ont fait disparaître le cloisonnement étanche voulu par le législateur révolutionnaire qui entendait marquer une scission entre les fonctions administratives et judiciaires par réaction contre l'Ancien Droit (103). Mais les insuffisances procédurales des juridictions administratives secondaires accélèrent les apports du droit judiciaire privé que le Conseil d'Etat qualifiera pudiquement de « règles générales de procédure ». Avant d'envisager leur nature et leur influence sur les principes généraux, il convient de remarquer que le Code de Procédure civile n'est pas applicable par lui-même à la procédure administrative, ce qui permet de formuler la proposition suivante : Les emprunts à la procédure civile, indispensables à l'application des principes de procédure, ne sont pas le résultat d'une réception automatique par le juge administratif. Celui-ci doit manifester clairement sa volonté d'introduire une règle étrangère dans le contentieux administratif. Cette proposition conduit à envisager successivement l'autonomie de la procédure administrative et les différentes techniques de réception des règles de procédure civile.

I. — *L'autonomie de la procédure administrative : La jurisprudence Desreumeaux.*

123. — Les relations de la procédure administrative avec le droit judiciaire privé sont soumises à un double mouvement : parfois elle se réfère expressément aux dispositions du Code de Procédure; dans d'autres cas, elle reprend, à son propre compte, des solutions propres au droit judiciaire. Références et influences permettent le développement des Principes et des règles générales de procédure (103 *bis*).

(102) C'est l'une des quatre sources des principes, mises en relief par M. Rivero. Nous avons analysé, *supra*, p. 61, la position de l'auteur que nous ne suivons pas directement sur ce point. Ces emprunts n'auraient rien d'originaux si l'habitude n'avait été prise depuis longtemps de systématiser l'indépendance des deux procédures, voir *infra*, pp. 81-83.

(103) Le règlement du 28 juin 1738, inspiré par d'Aguesseau, organisant la procédure du Conseil du Roi statuant en matière administrative, a cependant exercé une certaine influence sur la procédure élaborée par le décret du 22 juillet 1806. Mais, alors que le décret de 1806 organisait la procédure de la Commission du Contentieux (instituée par le décret du 11 juin de la même année) dans un sens juridictionnel, le règlement de 1738 insistait sur les fonctions administratives du Conseil du Roi.

Déjà oublieux des idéaux révolutionnaires, le législateur du 28 pluviôse An VIII, conservait le mutisme le plus complet sur la procédure à suivre devant les Conseils de préfecture. Il faut attendre le Second Empire pour trouver une procédure plus complète. Les lois du 21 juin 1865 et le décret du 30 décembre 1862 préparent la loi du 22 juillet 1889 qui dotera les Conseils de préfecture d'une réelle procédure.

(103 *bis*) Nous avons vu (Introduction Section III) que les références à des dispositions expresses du Code de Procédure étaient innombrables et constantes

Certaines règles procédurales civiles sont à l'origine de la procédure administrative, sans que l'ensemble du Code de Procédure ne soit, pour autant, une source secondaire ou supplétive de la procédure administrative.

a) *Les positions doctrinales.*

124. — La question a été posée par les auteurs de savoir si la procédure civile, en général, et le Code de Procédure, en particulier, pouvaient être invoqués devant les juridictions administratives chaque fois qu'un texte applicable à ces juridictions n'imposait pas une solution différente. Trois types de réponses ont été donnés.

Pour les uns, c'est-à-dire pour la plupart des auteurs depuis Hauriou, un texte doit prévoir expressément l'application d'une disposition du Code de Procédure civile pour qu'il soit intégré à la procédure administrative (104). La procédure judiciaire n'est applicable ni par elle-même, ni par la volonté du juge administratif. Au plan plus général des rapports du droit civil avec le droit administratif, M. F.-P. Benoit soutient une thèse qui pourrait déboucher sur l'indépendance absolue de la procédure administrative. Il rejette catégoriquement tout dogme ou tout « mythe du droit civil — droit commun » en vertu duquel « les règles du droit civil devraient être utilisées, par principe général, pour résoudre les problèmes des rapports particuliers-Administration » (105). Mais l'auteur n'exclut pas les influences d'une branche du droit sur une autre qui modèrent l'indépendance de chacune d'entre elles. Sa position est ainsi beaucoup plus nuancée que celle de Hauriou.

Pour d'autres processualistes, il faut combler les « lacunes » (106) de la procédure administrative en recourant à des techniques étrangères, au premier rang desquelles il convient de faire figurer les dispositions du Code de Procédure civile. L'œuvre de Jacquelin recouvre cette conception. La procédure civile serait une source supplétive et s'appliquerait d'elle-même au contentieux administratif à la double condition qu'aucune disposition législative formelle n'interdise son rayonnement à la procédure administrative, et que l'organisation des juridictions administratives ne soit pas incompatible avec la règle à introduire. Ces deux conditions valent, au surplus, pour l'ensemble

au XIX^e^ siècle. Elles ne constituaient pas nécessairement des « règles générales de procédure ».

(104) HAURIOU, *op. cit.*, T. I, p. 367 ; FONT-REAULX, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Thèse, Poitiers 1930, p. 9.

(105) F.-P. BENOIT, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », S.J. 1964, n° 1838, notamment p. 6. Pour l'auteur la réalité est bien différente : « Si le droit civil constituait un droit commun lorsqu'une lacune apparaît au sein du droit administratif, c'est vers ce prétendu droit commun que l'on devrait se tourner pour la combler. Or, tout au contraire, c'est vers la recherche d'une solution propre au droit administratif que s'oriente le droit positif » (*ibid.*, p. 7).

(106) Cf. *supra*. Le sens donné au terme « lacune », p. 54.

des principes généraux de procédure (107). On peut citer quelques décisions du Conseil d'Etat qui corroborent cette analyse (108), bien qu'elle repose sur un postulat inexact auquel le Conseil d'Etat a apporté un démenti formel dans l'arrêt Desreumeaux (109).

Certains auteurs modernes reprennent cependant la thèse de Jacquelin en l'aménageant de quelques correctifs (110). MM. Auby et Drago représentent ce courant lorsqu'ils affirment, à propos des règles générales de procédure qu'elles sont « l'expression d'un fonds de procédure commun aux deux ordres de juridiction » et qu'elles permettent au Code de Procédure de « recevoir application devant la juridiction administrative » (111).

b) *Les solutions jurisprudentielles.*

125. — La réalité jurisprudentielle est encore plus nuancée et rejette toute explication trop absolue. Elle permet de constater que :

— La procédure civile n'est pas transposable, par nature, aux instances administratives.

— Le législateur a introduit et le juge administratif a transposé en procédure administrative, directement ou indirectement, certaines dispositions précises ou des institutions plus larges de procédure civile.

126. — Il résulte de ces affirmations que la procédure civile n'est pas, prise *in globo*, une source de la procédure administrative et que les influences de la première sur la seconde sont variées. Par les arrêts Desreumeaux et Gomma (112), le Conseil d'Etat a repoussé l'application des lois de procédure civile, en général, et du Code de Procédure civile, en particulier, dans la procédure administrative. Dans l'arrêt Desreumeaux, un terme a été mis à l'interprétation abusive que symbolisait l'œuvre de Jacquelin (113). A un plaideur qui avait argué de la loi du 20 avril 1810 portant « organisation de l'ordre judiciaire et de l'administration de la justice » pour faire annuler la décision rendue par un Conseil de Préfecture composé irrégulière-

(107) APPLETON, « Traité élémentaire du contentieux administratif », Ed. Dalloz, 1927, p. 355.

Appleton posait clairement les obligations du juge administratif à cet égard : « lorsqu'une question de procédure n'a pas été tranchée par une loi administrative, les (tribunaux administratifs) doivent appliquer pour la régler, les *principes généraux de la procédure*, sans être astreints à en suivre les préceptes de détails. »

(108) L'opposition et la tierce-opposition devant les Conseils de Préfecture. Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 237 et s.

(109) C.E., 13 mars 1925, Desreumeaux, Rec. p. 262 et C.E., 6 juillet 1938, Gomma Rec. p. 632. Appleton cite cependant cet arrêt à l'appui de sa thèse, *op. cit.*, p. 356.

(110) Dans ses conclusions sur l'arrêt Dame Veuve Sticotti (C.E., 4 mars 1955, Jacomet, R.D.P., 1955, écrit : « Le Code de Procédure n'est pas applicable de plein droit. Il ne l'est que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec le caractère particulier » de la procédure administrative.

(111) *Op. cit.*, T. 2, n° 638 ; voir également en ce sens M. Rivero, note sous C.E., 9 mars 1951, « Sté des Concerts du Conservatoire », D. 1951.J.368.

(112) *Supra*, note (109).

(113) Cf. *supra*, p. 80.

ment, le Conseil d'Etat a répondu que les dispositions de cette loi « ne visent que les tribunaux de l'ordre judiciaire et ne sont pas applicables aux Conseils de Préfecture » (114).

L'arrêt Desreumeaux (C.E., 13 mars 1925) fournit une réponse à deux questions importantes.

— En premier lieu, au plan des sources de la procédure administrative, la jurisprudence Desreumeaux emporte l'exclusion générale (mais non absolue) de la procédure civile et pas seulement celle du Code de Procédure (qui n'est que l'un des éléments de la procédure judiciaire) (115).

— L'introduction pure et simple d'une disposition précise de procédure civile, par la seule volonté du juge administratif, n'est pas réalisable par elle-même. L'autonomie de la procédure administrative est ainsi proclamée, *a contrario*, par l'arrêt Desreumeaux qui a été précisé par le mouvement jurisprudentiel postérieur.

127. — L'indépendance de la procédure administrative à l'égard de la procédure civile, dans son ensemble, et du Code de Procédure civile, en particulier, allait être confirmée et aggravée par l'arrêt Gomma. Après avoir reconnu à une commission le caractère de juridiction administrative, le Conseil d'Etat décide que « *par suite*, les règles du Code de Procédure ne lui sont pas, *par elles-mêmes*, applicables » (116).

Les institutions et textes de procédure civile ne s'appliquent pas par eux-mêmes à la procédure administrative qui conserve son auto-

(114) C.E., 13 mars 1925, Desreumeaux, Rec. p. 262.

(115) En effet, le sieur Desreumeaux visait probablement l'article 63 de ladite loi de 1810 aux termes duquel « les parents et alliés, jusqu'au degré d'oncle et neveu inclusivement, ne pourront être simultanément membre d'un même tribunal... » (Duvergier, T. 17, p. 87. L'article 63 n'a été abrogé que par l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 (art. 84). Ce texte n'a jamais été intégré au Code de procédure civile dont l'article 378, 1°, envisageait une situation comparable mais non identique dans la procédure de récusation des juges qu'il organisait.

Le Conseil d'Etat ne pouvait viser le Code de Procédure en l'espèce, car l'article 378 a été introduit dans la loi du 22 juillet 1889 alors que le recours avait pour base un texte de 1870.

(116) C.E., 6 juillet 1938, Sieur Gomma. La question se posait de savoir si la requête civile de l'article 480 du Code de Procédure (expressément invoqué par le demandeur) était applicable aux décisions de la *Commission supérieure de surveillance et de contrôle des soins gratuits aux mutilés*. L'arrêt Gomma pénètre plus avant dans l'affirmation du principe de l'autonomie de la procédure administrative. En recourant au terme général de « règles » le Conseil d'Etat exclut non seulement les dispositions précises des lois et du Code de procédure mais les institutions générales de la procédure civile. Les premières déjà rejetées partiellement par l'arrêt Desreumeaux, le sont de nouveau ici puisque le requérant avait expressément invoqué l'article 480 du Code. La Haute Juridiction administrative a réservé le même sort aux institutions procédurales judiciaires en repoussant par une jurisprudence constante la requête civile (*infra*, cf. II[e] partie : Les voies de rétractation et de réformation, pp. 337 et s. ; C.E., 4 mars 1955, dame Veuve Sticotti, concl. Jacomet, R.D.P., 1955, p. 733).

nomie vis-à-vis de toutes les sources procédurales des autres branches du droit.

c) *La portée de la jurisprudence Desreumeaux : Les emprunts volontaires à la procédure civile.*

128. — Le Conseil d'Etat n'exclut pas les emprunts partiels et volontaires aux institutions du droit judiciaire privé. Autonomie ne signifie pas autarcie. Le juge administratif peut, à la suite d'une manifestation de volonté clairement exprimée, recourir à des textes ou des règles de la procédure civile nécessaires à l'élaboration des principes généraux sans craindre les conséquences fâcheuses de l'automatisme résultant de l'application du Code de Procédure civile comme source supplétive de la procédure administrative.

129. — Pour illustrer cette affirmation, quelques exemples de réception d'institutions judiciaires par les principes généraux peuvent être donnés. Le juge administratif a reconnu que l'article 378 du Code de Procédure civile pourrait, assorti d'aménagements, servir de schéma à une procédure de récusation des juges administratifs (117). Le juge administratif a également repris les règles civiles relatives à la qualité des appelants. Chacun de ces exemples d'emprunts à la Procédure civile constitue une situation particulière qui, loin de porter atteinte à l'autonomie de la procédure administrative, la renforce. En matière de récusation, la référence expresse par le juge au Code de Procédure ne l'a empêché de vider de leur substance les articles 378 à 389 du Code et de faire de la récusation un principe général de procédure dont les liens avec son homologue judiciaire sont assez relâchés. Enfin, la règle selon laquelle seules les parties à l'instance ont qualité pour relever appel d'un jugement est une institution d'essence judiciaire et administrative, et constitue un principe général de procédure (118). Seuls, les emprunts et références qui ont permis l'élaboration des principes généraux de procédures seront retenus ici.

II. — *Les différentes techniques de réception des règles de procédure civile par les principes généraux de procédure.*

130. — Les institutions procédurales judiciaires ont été introduites en procédure administrative par la volonté du législateur ou du juge. Cette opération consiste pour le juge à transposer des dispositions ou des règles procédurales judiciaires en les rendant compatibles avec l'organisation juridictionnelle administrative. La réception en droit administratif suppose une démarche différente du juge selon que la

(117) L'article 41 de la loi du 22 juillet 1889 prévoyait même cette référence expresse. Voir *infra*, II[e] partie : Les principes relatifs à la juridiction, pp. 477 et s. Voir également, *supra*, C.E., 13 mars 1925, Desreumeaux, Rec., p. 262.

(118) Cf. *infra*, II[e] partie : Les conditions du double degré de juridiction, pp. 295 et s.

marge d'indétermination à combler l'est par une disposition précise ou par une règle plus large de procédure civile (119).

a) *La réception de dispositions procédurales précises.*

131. — Les voies de recours n'ont été réglées qu'imparfaitement par le législateur. La tierce-opposition (120), voie de rétractation ouverte aux tiers intéressés qui n'ont pas été appelés à l'instance, avait été organisée contre les seules décisions du Conseil d'Etat par le décret de 1806. Pour étendre et réglementer son application à d'autres juridictions administratives, la Haute-Assemblée n'a pas invoqué la procédure à laquelle étaient soumises ses propres décisions, mais le Code de Procédure civile auquel elle a fait subir certaines adaptations. Les visas de la décision « Ville de Cannes » (121) mentionnent expressément l'article 474 du Code de Procédure pour déclarer ladite ville recevable à intervenir dans l'instance par la voie de la tierce-opposition. A ce point de l'évolution jurisprudentielle, on constate donc une *réception directe* et d'une disposition procédurale précise.

Par la suite, la norme introduite subit un élargissement et une consécration dans l'arrêt de principe de 1912, Boussuge (122). La tierce-opposition devient une règle générale de procédure et perd progressivement ses attaches avec sa source originaire (l'article 474 du Code de Procédure civile). Dans le contentieux administratif, elle est acceptée à l'encontre des décisions qui ont un effet *erga omnes* et sa recevabilité est étendue à tous ceux qui ont intérêt à faire réformer ou annuler un jugement qui préjudicie à leurs droits (123).

La tierce-opposition est, grâce à cet élargissement, applicable au contentieux de l'excès du pouvoir. Si elle était demeurée soumise aux règles du Code de Procédure et à l'interprétation judiciaire de l'époque, elle n'aurait pu être introduite dans le contentieux de l'annulation qui ignorait la notion de tiers, entendue dans son sens restrictif : *l'intégration de la norme étrangère est ainsi réalisée à la lumière de l'ordre juridique intégrant.*

(119) La position du Conseil d'Etat belge est un peu différente de celle de son homologue français. Il a jugé notamment que les articles 378 et 380 du Code de Procédure civile « traduisent un principe général de droit régissant toute administration de la justice », C.E., Etat belge contre Gysels, 20 mars 1962, 9257, cité par W. J. Ganshof van der Meersch, Mélanges Dabin, précités, T. 2, p. 591.

(120) Sur l'ensemble de la question, voir *infra*, II, pp. 349-354.

(121) C.E., 28 avril 1882, ville de Cannes, Rec. p. 387.

(122) C.E., 29 novembre 1912, concl. Blum, Rec. pp. 1128 et s.

(123) Le commissaire du gouvernement s'oppose avec fermeté à une conception restreinte de la tierce-opposition calquée sur l'article 474. Il réfute la thèse inverse soutenue par Laferrière et le commissaire Jaergerschmidt (Sur C.E., 1er décembre 1899, ville d'Avignon, Rec. p. 812) qui, en vertu du Code de procédure, entendent limiter cette voie de recours aux seuls jugements revêtus de l'autorité *relative* de la chose jugée. La décision pour être attaquée devait préjudicier non seulement aux intérêts mais également aux droits du tiers. Les nécessités et le particularisme administratif ne pouvaient se satisfaire de ces restrictions.

132. — La liberté laissée au juge d'introduire certaines dispositions particulières du Code de Procédure est démontrée par le fait qu'il a refusé, à de nombreuses reprises, l'adoption d'un texte précis. Il rejette les articles 162 et 455 dudit Code qui prévoient les différents cas d'ouverture de l'opposition et estime que la requête civile et le serment décisoire sont contraires à l'ordre administratif. La requête civile est une voie de rétractation qui permet au juge de remédier à certaines erreurs commises par lui ou par les parties (rétention de pièces, etc.) (124). L'existence de voies multiples de réformation et de rétractation en procédure administrative rendait inutile, et peut-être même nuisible, l'introduction d'une voie supplémentaire, repoussée catégoriquement par l'arrêt Dame Veuve Sticotti : « Aucun texte législatif n'a étendu aux juridictions des pensions les articles 480 à 504 du Code de Procédure civile relatifs à la requête civile et... l'application de ces dispositions est incompatible avec le caractère administratif de ces juridictions » (125). Ces exemples jurisprudentiels ne contredisent en rien les principes d'autonomie de la procédure administrative et confirment les règles d'élaboration des principes généraux de procédure.

133. — Il doit exister un certain parallélisme entre la situation administrative et la situation judiciaire pour que le juge administratif consente de suppléer la carence législative par l'introduction d'une disposition judiciaire précise. Il s'agit d'une manifestation particulière du raisonnement par analogie déjà analysé dans l'hypothèse où le juge crée un principe général sur la base d'une législation administrative précise (126). Ici, il considère la législation judiciaire comme étant apte à régir des cas particuliers. Il procède ensuite à sa généralisation lorsque son extension n'est pas rendue impossible par l'existence d'un texte formel ou par l'organisation juridictionnelle administrative. Une façon de procéder identique est suivie par le juge administratif lorsqu'il accueille, non plus une disposition précise, mais une institution plus générale de la procédure judiciaire.

b) *La réception d'institutions procédurales générales.*

134. — Si une institution procédurale fait défaut au contentieux administratif, le juge, sans l'autorisation du législateur, l'emprunte à la procédure judiciaire. La base législative du principe créé est plus ténue et la réception de la règle étrangère plus difficilement explicable, au plan de la logique juridique, que dans l'hypothèse précédente. La transposition d'un texte, même s'il subit par la suite des déformations, répond plus facilement à l'idée selon laquelle « seul

(123) Art. 480 et s. du Code de Procédure civile.

(124) C.E. Ass., 4 mars 1955. Dame Vve Sticoti, concl. Jacomet, R.D.P. 1955, p. 733. La commission supérieure des dommages de guerre avait également statué en ce sens. 22 octobre 1951, Sté Moschetti, arrêt cité par M. JACOMET, *op. cit.*, p. 735.

(125) Sur l'ensemble de la question. Cf. II[e] partie, p. 362.

(126) Cf. *supra*, § I, p. 74.

du droit crée du droit » que l'adaptation d'une procédure plus générale. Cette dernière création dépend davantage de la philosophie juridique de l'auteur de l'emprunt et fait appel à un esprit créateur plus grand. Nous n'analyserons ici que quelques exemples de réception de ce genre.

I. — *Le recours en rectification d'erreur matérielle.*

135. — La génèse du principe du recours en rectification d'erreur matérielle (126), voie de rétractation propre à la procédure administrative, pose des problèmes délicats à cet égard. Son apparentement au droit judiciaire privé (qui lui confèrerait la base juridique indispensable à tout principe général) est loin d'être formel et sûr. En effet, la rectification de l'erreur matérielle ne constitue qu'un élément de la requête civile qui a été rejetée expressément en procédure administrative (127). Prévue et organisée par les articles 480 à 504 du Code de Procédure, la requête civile englobe notamment les hypothèses de rectification d'erreur matérielle (définies par l'article 480). La source matérielle du recours en rectification se situe donc au niveau des institutions judiciaires avec lesquelles le juge administratif a néanmoins refusé tout lien formel : « Aucun texte législatif n'a étendu aux juridictions des pensions les articles 480 à 504 relatifs à la "requête civile", rappelle l'arrêt dame Veuve Sticotti (128). Ainsi, est exclu l'alinéa 10 de l'article 480 qui aurait pu être le support législatif précis du recours en rectification d'erreur matérielle.

Le rejet est d'autant plus gênant pour notre explication qu'on ne trouve aucune source précise à ce recours. Le recours en rectification n'a été introduit contre les décisions du Conseil d'Etat que par la loi du 18 décembre 1940, soit cent ans après les premières applications de la règle (129). La mise en œuvre du recours pose des problèmes comparables. La forme administrative du recours en rectification permet de parer à un certain nombre d'erreurs de fait, imputables au juge et non prévues par l'article 480, alinéa 10 (130). L'application du recours contribue aussi à éloigner le principe général de procédure de ses bases judiciaires réelles, mais assez peu discernables. Contrairement à ce qu'estimait M. Jacomet, le principe du recours en rectification n'a pas « été créé de toutes pièces » et n'est pas né de cette constatation de bon sens » (131) qu'il est impensable de conférer

(127) Voir *supra*, p. 82.

(128) Cf. *supra*, p. 82.

(129) Les décisions entachées d'erreur faisaient ainsi parfois l'objet d'un pourvoi en revision porté devant l'Assemblée plénière et prévu par les articles 30 et 33 du décret de 1806.

(130) Nous examinerons dans la seconde partie de cette étude l'article 480, alinéa 10 du Code de Procédure civile. Il ne met à la disposition du juge judiciaire qu'un moyen de plume pour remédier à certaines erreurs purement matérielles. Voir *infra*, II[e] partie, pp. 359-365.

(131) C'est ainsi que M. Jacomet dans ses conclusions précitées (R.D.P., 1955, p. 735) explique l'origine et l'élaboration du recours en rectification d'erreur matérielle.

l'autorité de la chose jugée à des décisions juridictionnelles qui reposent sur des erreurs matérielles certaines. L'article 480, alinéa 10, a servi de schéma précis, à l'origine, au juge administratif qui s'en est progressivement séparé lors de l'application répétée du principe général.

136. — On comprendra mieux l'emprunt réalisé si l'on fait de nouveau appel aux caractères de la procédure administrative. En vertu de la jurisprudence Desreumeaux et Gomma (132), elle n'est liée ni par les dispositions ni par les institutions procédurales civiles. A la suite d'une manifestation de volonté de l'organe de jugement, des règles ou institutions civiles peuvent être adoptées par la procédure administrative. La manifestation est, soit explicite, soit implicite. Le recours en rectification d'erreur matérielle est le résultat d'un emprunt, implicite mais réel, à une institution étrangère au droit public. La règle législative régissant normalement l'activité du juge civil est calquée, dans son esprit et non dans sa lettre, par le juge administratif. La réception est partielle parce que les voies de recours déjà existantes (recours en cassation, recours en révision devant certaines juridictions) ne nécessitaient pas l'introduction d'une voie aussi générale que la requête civile.

II. — *Les droits de la défense.*

137. — Il est possible de recourir à une explication identique pour de nombreux éléments des droits de la défense, qui résultent d'un transfert de règles propres à la justice judiciaire (133). Le principe caractère contradictoire de la procédure trouve son origine dans les règles suivies devant les tribunaux civils (134). Les règles introduites passent cependant par le tamis de l'organisation administrative. Le rôle inquisitoire du juge fait subir des aménagements à la liberté d'instruction dont bénéficient les parties, dans la procédure civile. Le caractère contradictoire de la procédure administrative est renforcé par la participation active du juge et la collaboration des parties avec lui. Les règles et principes relatifs à la communication des pièces sont comparables à ceux du Code de Procédure. Le principe selon lequel « aucun document ne saurait être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance » (135) est le corol-

(132) Cf. *supra*, pp. 79 et s. : L'autonomie de la procédure administrative et l'arrêt Desreumeaux (C.E., 13 mars 1925, Rec., p. 262).

(133) Il existait cependant certaines règles applicables au Conseil d'Etat. L'ordonnance des 2-26 février 1831 (Duvergier, p. 71) introduit le débat contradictoire et institutionnalise les observations orales devant le Conseil d'Etat.

(134) « Il est convenable », peut-on lire dans l'exposé des motifs de l'ordonnance du 12 mars 1831, « que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense (observations orales) analogues à ceux qui sont assurés devant les tribunaux ordinaires », c'est-à-dire devant les tribunaux judiciaires : on peut analyser ainsi le droit des parties de se faire représenter à l'audience ou de développer des observations orales. Voir *infra*, II[e] partie, pp. 423 et s.

(135) Cf. *infra*, II[e] partie. Le principe des droits de la défense, pp. 406 et s.

laire de l'article 188 du Code aux termes duquel « les parties pourront demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles... ». Les principes généraux de la procédure aggravent même les prescriptions législatives qu'ils appliquent en rendant obligatoire la communication. Cependant, dans les faits, les deux positions se rapprochent : dans le premier cas, il appartient aux tribunaux d'apprécier l'utilité des productions des pièces demandées (136), dans le second, le juge administratif a dégagé une théorie d'ensemble relative à la notion de pièce ou de document « utile » à la défense qui dispense le juge de certaines communications (137).

138. — *Caractéristiques des emprunts à la procédure civile.* Les deux types d'emprunts à la procédure civile appellent une triple constatation :

138 *bis.* — La réception par le juge administratif d'institutions procédurales civiles, suppose une initiative assez large de sa part et met en relief son pouvoir créateur et normatif. La recherche d'une norme étrangère à laquelle se livre le juge pour assurer le rayonnement et l'application de certains principes généraux de procédure pose, de nouveau, la question des lacunes juridiques (rejetée dans le préliminaire de ce chapitre). S'il n'existe pas de lacune, quel est l'intérêt du juge de recourir à une branche étrangère du droit qu'il n'est pas par elle-même applicable au droit administratif (138) ? La marge d'indétermination qui existe entre la norme générale (disposition ou institutions de procédure judiciaire) appliquée à l'espèce (instances administratives) est développée à un point tel qu'elle confirme apparemment l'existence de lacunes. Il serait cependant erroné d'envisager une situation de ce genre (139).

139. — Le juge administratif n'élabore pas les principes en dehors de tout texte. La réception, par lui, d'une norme étrangère en est la meilleure illustration. L'institution qui permet le rayonnement du principe général est nécessairement organisée par un texte. En un premier temps, le texte reçoit une application normale en dehors de la branche pour laquelle le juge est investi d'une compétence. L'institution devient, ensuite, par application du principe, un élément de l'ordre administratif par la volonté du juge. On peut expliquer ainsi

(136) Cass. civile, 7 juillet 1910, R.D.P. 1912.J.62.

(137) Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 414 et s. et notamment pp. 415 et s.

(138) Cf. *supra*, p. 78.

(139) Cf. *supra*, p. 53. Si le législateur et le juge administratif avaient admis l'existence de lacunes véritables, ils auraient envisagé des méthodes différentes pour y faire face et donner à la procédure civile la qualité de source subsidiaire de notre organisation contentieuse. Or, le législateur loin d'accorder sa caution à ce principe, a prévu expressément les cas dans lesquels une disposition étrangère à la procédure administrative était intégrée à l'organisation juridictionnelle administrative (exemple : La loi du 22 juillet 1899 qui comporte un certain nombre de références expresses au C.P.C. : art. 478, etc.). Cette position est contraire à la reconnaissance des lacunes dans la mesure où elle rejette tout moyen de les combler. Cf. *supra*, p. 83.

le passage des institutions du droit judiciaire privé en droit administratif par le canal des principes généraux de procédure.

139 *bis*. — Sans l'intervention du juge, la règle empruntée n'avait pas vocation normale à s'appliquer au contentieux administratif (140). Mais rien n'empêche (aucun texte, aucun précédent) au juge d'accepter l'esprit d'une institution partielle. La règle originaire subit une inflexion, nécessitée par l'organisation juridictionnelle d'intégration et le principe général qu'elle contribue à créer.

B. — Les emprunts aux procédures disciplinaires et d'épuration.

140. — Il existe certaines interférences entre les droits de la défense devant les organismes disciplinaires (141) et devant les juridictions administratives.

La procédure disciplinaire n'est-elle pas l'archétype de nombreuses garanties offertes au justiciable ? Elle a permis aux agents publics, puis aux particuliers, susceptibles de faire l'objet de certaines sanctions ou de décisions préjudiciables à leurs intérêts, de bénéficier d'une protection procédurale : caractère contradictoire de la décision, libre défense et représentation de l'intéressé. Un double mouvement s'est produit dans le développement des droits de la défense : Ceux dégagés dans le domaine juridictionnel ont été transposés et adaptés dans le contentieux disciplinaire (142) ; par la suite, certains droits issus du contentieux disciplinaire ont été développés dans la procédure juridictionnelle. Les interférences et les irradiations dont ont fait l'objet ces procédures sont cependant assez difficiles à mettre en relief. Une telle étude se situe autant au niveau des comparaisons générales que des influences juridiques précises.

141. — La filiation est cependant certaine dans plusieurs domaines. La qualification formelle de « principe général » donnée aux droits de la défense s'est faite en matière administrative dans le

(140) Les schémas envisagés dans les points précédents étaient différents. Le champ d'application des textes ou règles originaires s'était développé, d'abord à des cas d'espèce, puis aux hypothèses les plus générales. Le recours en rectification d'erreur matérielle est le seul principe dont les liens avec la procédure civile sont si ténus que l'on ose à peine qualifier de marge d'indétermination la distance qui le sépare du contentieux judiciaire. En effet, on lui a refusé tout lien d'allégeance avec l'article 480 du Code de Procédure. On peut rétorquer à cela que la règle existait cependant devant les tribunaux ordinaires. Mais elle était intégrée à une institution plus large, la requête civile.

(141) Cf. A. Plantey, « Traité pratique de la Fonction publique », L.G.D.J., 1963, II[e] éd., T. I, pp. 319-330.

(142) Voir, par exemple, la règle de la motivation des sanctions disciplinaires ; la motivation est cependant moins rigoureuse en procédure contentieuse. C.E., 12 juillet 1959, Seitz, Rec. p. 319. Il convient de préciser que devant les juridictions cette règle n'est pas, à proprement parler, un élément des droits de la défense, mais elle participe des *garanties générales* offertes par la juridiction. Voir également Introduction, Section III et *infra*, II[e] partie, pp. 385 et s.

contentieux particulier de l'épuration. A la suite des propositions du commissaire du gouvernement Odent, le Conseil d'Etat a déclaré qu'au nom des « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, aucune sanction ne peut... être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense » (143). La qualité reconnue aux droits de la défense a nécessairement rejailli sur les droits, présents et futurs, appliqués par la Haute Assemblée dans la procédure contentieuse (144).

Dans le détail des règles constitutives des droits de la défense, l'antériorité de certaines garanties disciplinaires n'a pas été sans conséquence sur le développement des règles contentieuses. La procédure disciplinaire est infléchie à un degré variable, par la transposition dont elle fait l'objet. On peut citer l'obligation générale de mise en demeure par laquelle commence toute procédure disciplinaire. Elle est transmise au fonctionnaire comme une invitation à s'expliquer (145) ou à présenter sa défense (146). L'avertissement doit être adressé dans un délai suffisant pour que l'intéressé puisse préparer utilement sa défense (147). La computation des délais varie avec l'importance de l'affaire. Toutes ces mesures d'information ont pour objet de permettre à l'intéressé de présenter « *utilement ses moyens de défenses* » (148). On est frappé des points communs entre ces garanties offertes à l'agent public dans le premier tiers du XX^e^ siècle et celles que l'on accordera au justiciable vingt ans après. Celui-ci doit nécessairement être averti de l'existence et du déroulement de toute procédure afin de pouvoir présenter une « *défense utile* » (149), pour qu'il soit satisfait au caractère contradictoire de la procédure et aux droits de la défense.

(143) C.E. Ass., 26 octobre 1945, Mattei, Belloir, Aramu, Tabti, concl. Odent, S. 1946.III, p. 1.

(144) On peut se demander si l'arrêt dame Veuve Trompier-Gravier (C.E., 5 mai 1944, concl. Chenot, note De Soto, D. 1945.J.110, note Jèze, R.D.P., 1944, p. 256, G.A.J.A., p. 253) n'a pas plus directement influencé les droits de la défense. Il est intervenu dans un domaine limité, celui de « la décision administrative (qui) prend l'aspect d'une sanction et (qui) porte une atteinte assez grave à une situation individuelle » (conclusions Chenot, *loc. cit.*, p. 111). Le passage de cette procédure à la procédure juridictionnelle n'a pas pu être immédiat. La procédure disciplinaire a servi *d'intermédiaire* nécessaire ; *contra*, le commentateur de l'arrêt dans les « Grands arrêts ». Pour lui, la garantie de la discussion est une « extension aux décisions administratives d'une règle de procédure fondamentale en procédure juridictionnelle » (*op. cit.*, p. 254). La jurisprudence Trompier-Gravier a été élargie par la suite, C.E., 14 avril 1964, « S.A. Coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cusset », Rec. 244 et C.E., 20 novembre 1964, Touche, Rec. p. 564.

(145) C.E., 15 juillet 1931, Rommaingue, Rec., p. 765 ; C.E., 23 novembre 1935, Dame Rouxel, Rec., p. 970 ; C.E., 13 janvier 1937, Baehrel, Rec. p. 39.

(146) C.E., 16 février 1912, Roche, Rec. p. 221.

(147) C.E., 8 juillet 1910, Danger, Rec. p. 698, C.E., 13 mai 1929, Roger, Rec. p. 299 ; C.E. 6 mai 1929, Ablice, Rec. p. 124 ; C.E., 8 juillet 1925, sieur Saint, Rec. p. 651.

(148) L'expression est reprise dans l'ensemble des arrêts précités.

(149) Cf. *infra*, II^e^ partie, pp. 414 et s.

142. — En aucun cas, il ne s'agit d'une transposition intégrale de règles préexistantes dans le contentieux disciplinaire. L'organisation juridictionnelle introduit un élément si différent de la vie administrative que l'adaptation de la règle adoptée aboutit parfois à sa transformation véritable. C'est la raison pour laquelle il est malaisé de tracer un partage sûr entre l'influence réelle d'une technique juridique sur l'autre et la simple symétrie existant entre deux branches du droit administratif qui relèvent, l'une et l'autre, de l'activité contentieuse du même juge.

143. — *Conclusion de la Sous-Section.* L'énumération des différentes sources écrites enseigne que les *principes généraux de procédure ne peuvent être élaborés en dehors d'une base écrite sûre* (150). C'est pour combler la marge d'indétermination (et non la lacune) qui existe entre la norme générale à appliquer et le cas d'espèce à résoudre que le juge a recours aux principes généraux de procédure. En tant que règles d'interprétation, les principes assurent, par leur seule existence, la réception d'un grand nombre de textes (généraux ou partiels) devant toutes les juridictions administratives. L'analogie qui existe entre les situations générales et les espèces particulières sert de fondement au raisonnement des magistrats. Le juge administratif utilise à cet effet, et à l'exclusion de toute autre source juridique réelle et contrôlable, des règles du contentieux administratif et les institutions procédurales civiles.

Le juge s'inspire également de règles non écrites, mais, sauf exception, elles sont difficilement décelables et ne facilitent que dans une proportion très négligeable l'éclosion des principes généraux de la procédure.

Sous-Section II

LE ROLE SUBSIDIAIRE DES REGLES NON ECRITES DANS L'ELABORATION DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

144. — L'élaboration des principes généraux de procédure est largement indépendante des règles non écrites, mais elle n'exclut pas leur participation. Si la coutume n'a joué aucun rôle dans l'apparition des principes de procédure, les principes généraux du droit, en revanche, ont grandement contribué à leur rayonnement.

(150) Cette source écrite existe toujours, mais elle n'est pas exclusive d'une source non écrite, voir *infra*, S.S. II, § 3.

§ 1. — Le rôle de la coutume dans l'élaboration des principes généraux de procédure.

145. — Il est contraire au droit français de donner aux sources non écrites une grande importance dans le développement de la norme juridique. Les principes généraux apportent une exception éclatante à cette règle, et l'exception serait renforcée dans la mesure où la coutume participerait de la genèse des principes de procédure.

146. — *Coutume et principe général de procédure.* La coutume est une règle de droit qui tire sa valeur non de l'autorité du législateur (151), non de la volonté du juge, mais de la seule tradition. Malgré leurs différences, les rapports entre la coutume et les principes généraux de procédure ou du droit sont difficiles à tracer, car ils se développent dans un domaine assez semblable et à la suite d'un processus assez comparable. La tendance a même été de les confondre plus ou moins complètement (152) ou de décider que la coutume était à l'origine du principe général de procédure : la coutume serait « *fixée* », par sa transformation en principe général. Il n'en est rien (153) et la coutume conserve toute son indépendance par rapport aux principes généraux de procédure. Elle ne *sert ni à leur élaboration ni à leur application.* On peut même prétendre qu'elle n'existe pas en droit administratif français, alors qu'elle constitue une source supplétive de certaines branches du droit.

La coutume est une source « intuitive et collective » « instinctive et inconsciente » (154) de la règle de droit et comporte, comme le principe général, deux éléments :

— L'élément matériel (consuetudo) constitué par la répétition constante d'une règle qui bénéficie d'une croyance et d'un respect populaire et unanime.

— L'élément psychologique, réalisé par la constatation que fait le juge (opinio juris sive necessitatis) du bien-fondé de la règle (155).

147. — *La coutume dans les différentes branches du droit.* On trouve des traces importantes de la coutume notamment en droit civil, en droit international public et en droit constitutionnel. Un survol de ces différents types de coutume montre, à la fois, que les principes géné-

(151) Cf. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », P.U.F., 1936.

(152) Cf. M. CORNU et FOYER, « Procédure civile », P.U.F., 1958, p. 17.

(153) Cf. *infra,* ch. 3, pp. 178 et s. Nous verrons que les principes généraux de procédure ne peuvent pas non plus être considérés comme une coutume d'un type spécial.

(154) M. CARBONNIER, *op. cit., infra,* note (156).

(155) Cf. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », n° 14. CARBONNIER, « Droit civil », n° 11 et n° 28. Elle n'est pas l'expression d'une volonté nationale ou populaire, mais d'une volonté diffuse. Les traits généraux de la coutume retracés ici valent pour le droit interne et non pour le droit international ; en ce domaine, la volonté des Etats est déterminante (voir *infra,* pp. 93).

raux et la coutume constituent des notions indépendantes et que la coutume a été sans influence sur l'élaboration des principes généraux de procédure.

147 *bis.* — *La coutume en droit civil.* En droit civil, où elle joue un rôle non négligeable, la coutume tire, selon M. Carbonnier, sa valeur juridique d'un pouvoir délégué ou d'un pouvoir autonome. Dans le premier cas, la loi autorise, par renvoi exprès (156) ou implicite, de s'appuyer sur la coutume. Les recours fréquents du Code civil aux « bonnes mœurs » ou à l'usage d'un bien en « bon père de famille » (157) sont des renvois aux conceptions coutumières et aux usages couramment suivis par des citoyens et pères de familles honnêtes placés en face d'une situation déterminée. La coutume dispose également d'un pouvoir autonome qui s'exerce *praeter legem* ou *contra legem,* en cas de lacune ou en présence d'une disposition législative contraire. La coutume civile a certainement valeur législative, mais elle semble devoir s'écarter devant une loi impérative (158). Les coutumes procédurales judiciaires et les « usages du palais » qui en sont une forme inachevée, n'ont pas servi d'appui au juge administratif dans la création des principes généraux.

148. — *La coutume en Droit international public.* L'existence de la coutume n'est pas contestée en droit international. Parmi les sources spontanées du droit, elle prend une place prépondérante mais distincte de celle attribuée aux principes généraux du droit international (159). L'article 38, alinéa 1er, du statut de la Cour Internationale de Justice confirme l'existence de la coutume parmi les sources du droit international. Les auteurs se divisent, à son sujet, en deux groupes : les uns l'assimilent à une convention tacite tandis que, pour d'autres, elle n'est obligatoire qu'en vertu du consentement des Etats. Les deux conceptions diffèrent donc sur l'importance à donner à *l'opinio juris.* La Cour Internationale de Justice a mis un terme à ces querelles en décidant que l'élément psychologique de la coutume se « rattache directement à l'usage et consiste chez ceux qui la pratiquent dans le

(156) Les articles 663, 671, 674 renvoient aux coutumes relatives à la propriété foncière. L'article 1135 relatif aux obligations rappelle que la convention assujettit à l'équité et à l'usage. L'usage est une forme limitée de la coutume. Les usages sont d'ordre local ou professionnel. Cf. note Tunc, C.E., Paris, 25 avril 1945, Docteur X... c. Y..., D. 1946.J.190.

(157) Les articles 6, 900, 1113, 1172 renvoient à l'article 649. « On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Le caractère contingent des bonnes mœurs est constaté grâce à la coutume. Cf. note Esmelin, sous Cass. civ., 8 octobre 1957, D. 1958.J.317.

(158) *Contra,* la jurisprudence relative aux formes des donations entre vifs. Les tribunaux ont admis contrairement à l'article 931 du Code civil les dons manuels qui ne sont soumis à d'autres formalités que la tradition. Req. 28 octobre 1935, D. 1936.I.29, C.A. Orléans, 3 novembre 1943, Simon, Daguet, note A. Ronsard, D. 1947.J.17.

(159) Paul Guggenheim, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », Académie de D.I., Recueil des cours, T. 94-1958, II, p. 581.

sentiment qu'ils agissent en vertu d'une règle reconnue comme norme juridique » (160).

149. — Rien ne paraissait interdire l'introduction de la coutume en droit public interne. Certains auteurs ont vu en elle, soit une source autonome du droit, soit une source supplétive des principes généraux (161). Si l'existence de la coutume constitutionnelle peut être défendue et si elle a exercé une certaine influence sur l'éclosion des principes généraux du droit, l'existence même d'une coutume administrative doit être rejetée.

150. — *La coutume constitutionnelle.* La coutume constitutionnelle a reçu une large approbation doctrinale (162). Seule, la voix de Lafferrière a rompu l'harmonie, établie depuis longtemps, en assignant aux règles coutumières une existence et une fonction très limitées. Sous l'empire de la Constitution de 1875 (163) les « pratiques politiques » étaient nombreuses, mais ne constituaient pas pour autant, semble-t-il, des coutumes constitutionnelles (164). Malgré la rigidité constitutionnelle qui caractérise les institutions politiques contemporaines, quelques coutumes réelles se sont développées.

La coutume (ou tradition) constitutionnelle a ressurgi en droit positif à la suite des difficultés engendrées par l'application de l'Avis du Conseil d'Etat, en date du 6 février 1953 (165). Aux termes de cet Avis, ce parlement ne pouvait se dessaisir de matières qui, en vertu de « la tradition constitutionnelle républicaine », rentraient dans le domaine de la loi. La tradition constitutionnelle a été invoquée également pour déterminer les pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire, en temps normal ou en période de dissolution de l'Assemblée. Le gouvernement est tenu, selon un « principe traditionnel du droit public français » de ne procéder qu'à l'expédition des « affaires courantes » (166).

(160) P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 53.

(161) B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 236.

(162) Esmein, « Droit constitutionnel », 8e éd., T. I, p. 592. Duguit, « Droit constitutionnel », 2e éd., T. 3, p. 661. Hauriou, *op. cit.*, pp. 263, 287. R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », *in* Recueil Gény, « Les sources du droit », Lib. Sirey, 1937, T. 3, pp. 1-9.

(163) J. Lafferrière, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », R.D.P., 1944, pp. 20-44. Carré de Malberg allait jusqu'à nier l'existence de toute coutume constitutionnelle, *op. cit.*, T. I, p. 638.

(164) Laferrière qualifie ainsi les « usages et habitudes consistant à utiliser exclusivement l'une des solutions diverses que la Constitution admet relativement à une question déterminée », *op. cit.*, p. 25. La renonciation du droit de dissolution par non-usage depuis 1877 ne faisait pas naître une coutume *contra legem.*

(165) Le texte de l'avis a été publié à la R.D.P. 1953, p. 170. La Tradition constitutionnelle n'est pas sans lien avec la tradition républicaine » invoquée à de nombreuses reprises. Leur partage est difficile à opérer.

(166) C.E. Ass., 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres, concl. Delvolvé, S. 1952.III.49. Certains auteurs donnent aux coutumes constitutionnelles un large retentissement. M. Chrétien considère *les Déclarations des Droits comme des coutumes « praeter legem ».* Les règles selon lesquelles « les ministres gouvernent » et la désuétude du droit de dissolution sous la IIIe République

La coutume constitutionnelle ne se confond pas avec les principes généraux, mais elle peut néanmoins servir de base à leur développement et, à ce titre, être prise en considération par le juge administratif. Cette constatation vaut pour les principes généraux du droit, mais non pour ceux de procédure, car aucune règle procédurale n'a de rapport, par essence même, avec le fonctionnement des pouvoirs publics d'origine constitutionnelle (167). L'apport de la coutume se limite à cette application.

151. — *L'inexistence de la coutume administrative.* Le droit administratif est la seule technique juridique à ignorer complètement la coutume, prise dans un sens strict. Duguit reconnaît sa fonction historique dans le développement du droit public, mais constate sa disparition, consécutive à la croissance des conceptions de la légalité (168). Hauriou aboutit à une conclusion identique : « En ce qui concerne la coutume, écrit-il, la loi, dans notre droit français, se l'est subordonné en la frappant d'inefficacité » (169). Elle a disparu depuis la Révolution, faute d'une valeur juridique qui lui serait reconnue. La violation de la coutume « ne constitue pas, en tant que telle, un cas de la violation de la règle de droit » (170).

La jurisprudence répond complètement à la position doctrinale. En premier lieu, peu de plaideurs invoquent une pratique coutumière à l'appui de leur requête; en second lieu, le Conseil d'Etat rejette toute prétention qui aurait pour base un usage ou une coutume administratifs. A propos du non-respect d'usages, relatifs à la répartition des étrennes de facteurs, le juge administratif considère que le requérant « ne saurait se fonder sur la violation de certains usages pour demander l'annulation pour excès de pouvoir » de la décision du directeur départemental des postes (171). L'ignorance de la coutume

seraient, en revanche, des coutumes *contra legem.* (M. Chrétien, « Les règles de droit d'origine juridictionnelle », Thèse, 1936, pp. 170-175). Plus récemment la question a été posée de savoir s'il existait une coutume du quorum et de la majorité au Conseil des Ministres. (Voir C.E. Sec., 17 mai 1957, Simonnet, concl. Heumann, Rec. p. 316, C.E. Ass., 19 octobre 1962, Brocas, concl. M. Bernard, R.D.P. 1962, p. 1181).

(167) Certains donnent à la base coutumière des principes une résonance assez large. Dans ses conclusions sur l'arrêt Delle Bobard, M. Latournerie (C.E. 3 juillet 1936, D. 1937.III.38) relève l'existence d'une « règle qui établit une liaison entre l'aptitude aux emplois publics et les droits politiques n'étant qu'une règle en somme non écrite, *un principe coutumier de notre droit public...* ». Le Conseil d'Etat ne retient pas cette qualification qui a été utilisée à une époque où la notion des principes généraux était encore floue.

(168) Duguit, « Traité de Droit administratif », 2e éd., T. 2, pp. 151-152 et 172-173.

(169) Hauriou, « Précis de Droit administratif », p. 52.

(170) Auby et Drago, « Traité du contentieux administratif », T. 3, n° 1144 ; cependant, *contra* de Laubadère, *Traité*, n° 381 et M. Chrétien, *op. cit.*, p. 172.

(171) C.E., 21 mai 1920, Jacquot, Rec. p. 543 et C.E. 20 mai 1955, Poirier, Rec. p. 272. La décision du directeur des postes refusant au facteur toute participation à la répartition des étrennes des facteurs s'apparentait pourtant à une sanction.

va jusqu'au refus de prendre en considération la disparition d'un acte pour non-usage pendant une longue période (172).

§ 2. — Le rôle des principes généraux de droit dans la création des principes généraux de procédure.

152. — Certains principes généraux de droit favorisent la création des principes généraux de procédure. A ce titre, ils constituent une exception à la règle selon laquelle, seule, une norme écrite permet l'élaboration des principes de procédure mais ceux-ci ne perdent pas, pour autant, tout lien avec le droit écrit puisque les principes de droit reposent sur des textes. Dans cette hypothèse, la base écrite du principe de procédure est *médiate* et non pas immédiate.

La portée de cette exception est très restreinte. Seuls les principes du recours pour excès de pouvoir et du recours en cassation peuvent prétendre s'appliquer en vertu d'un principe général de Droit. A cet égard, la rédaction de l'arrêt Lamotte est révélatrice de leur filiation. Le recours pour excès de pouvoir, « ouvert même sans texte » a pour effet « d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » (173). La pensée du Conseil d'Etat est clairement exprimée : C'est le principe de la légalité qui permet l'application du recours pour excès de pouvoir contre tous les actes administratifs (174).

L'usage invoqué par le requérant était, au surplus, contenu dans une circulaire (509 E) de la direction de l'exploitation postale.

Le Conseil d'Etat a cependant reconnu une certaine valeur à la règle « legem patere quem fecisti » (C.E. 2 août 1918, Giraud et autres, Rec. p. 803) selon laquelle une autorité administrative ne peut déroger que des actes individuels aux règlements qu'elle a faits. L'appartenance de cette règle aux principes coutumiers est discutable.

(172) C.E., 13 mai 1949, Couvrat, note Waline, D. 1950, p. 77. En droit administratif, les constructions jurisprudentielles relatives à l'ordre public semblent démentir ces affirmations. C'est ainsi que les pouvoirs de l'autorité de police, notamment en matière cultuelle, sont restreints lorsqu'une manifestation religieuse repose sur une « *tradition locale ininterrompue* » (C.E., 10 février 1933, Picaud, D.H., 1933.184) ; voir également J. Georgel, « Police des cultes », Juris clas. adm., 1962, fasc. 215 et notamment n°s 82-86 : « Les processions traditionnelles conformes aux usages locaux » sont dispensées de la déclaration préalable (C.E., 2 juillet 1947, Guiller, Rec. p. 293).

La « coutume » ici invoquée (qui repose sur les traditions locales) n'est pas créatrice de Droit. Elle est simplement un élément constitutif d'un droit pour les particuliers qui s'en réclament. Il ne saurait en être autrement puisque la tradition invoquée est un élément de pur fait soumis à l'appréciation du juge, élément qui permettra l'application d'une règle de droit. La coutume des processions traditionnelles ne peut, en conséquence, être distinguée des autres éléments matériels de l'ordre public.

(173) C.E. Ass., 17 février 1950, R.D.P. 1950, pp. 478 et s.

(174) On pourrait même se demander si le principe de la légalité n'est pas le fondement du principe du recours pour excès de pouvoir (voir *infra*, II[e] partie, p. 220).

Mais, arrêter à ce point le commentaire de l'arrêt Lamotte et du principe général qu'il contient donnerait une image imparfaite des règles décrites. Le principe du recours pour excès de pouvoir, comme celui du recours en cassation, ne reposent pas seulement sur les règles non écrites. Le juge, pour assurer leur développement et leur application, leur adjoint des renforts législatifs. Les lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, loin d'être écartées de l'élaboration des principes de procédure, ont permis leur rayonnement dans les périodes les plus critiques (175).

On peut conclure de ces exemples jurisprudentiels, rares et limités, que la conjugaison d'un principe général du droit et d'un texte facilite l'éclosion d'un principe de procédure.

153. — *Conclusion de la Section.* L'élaboration des principes généraux de procédure repose sur l'existence, soit de textes généraux ou particuliers, soit d'institutions du droit public ou de la procédure civile. L'élargissement du champ d'application des textes et institutions, par les principes généraux de procédure, comble la marge d'indétermination juridique qui existait, au départ, entre ces textes et le cas d'espèce soumis au juge. Pour créer un principe général de procédure, le juge opère une réception matérielle d'une règle de droit écrit et exceptionnellement d'une règle non écrite.

Un tel processus interdit de dire que les principes généraux de procédure sont la formulation juridique des règles du droit naturel.

Mais la plupart des règles jurisprudentielles naissent de l'adaptation, par les juges, des lois qu'ils appliquent. L' « adaptation créatrice » (176) ou déformante qu'en fait le juge modifie la nature de la règle reçue. Aussi intervient le Conseil d'Etat pour créer les principes généraux de procédure à partir des règles juridiques préexistantes. C'est cette opération qu'il importe maintenant d'examiner.

Section III

LA FONCTION CREATRICE DU JUGE ADMINISTRATIF DANS LA GENESE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

154. — Un organe juridictionnel dispose de deux pouvoirs distincts : le pouvoir d'appliquer le Droit (pouvoir de constatation) qui lui est toujours attribué et le pouvoir de créer le Droit (pouvoir nor-

(175) Cf. *supra*, Sous-Section I, pp. 75-78, et *infra* II[e] partie, le principe du recours pour excès de pouvoir, pp. 218 et s.

(176) Cf. O. Dupeyroux, *loc. cit.* (note suivante), pp. 360 et 371. Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *in* Rev. trimestrielle de Droit civil, 1926, pp. 312 et s. ; déjà cité.

matif) qui lui est plus rarement conféré, mais qu'il s'octroie parfois. Avec les principes généraux de procédure, on se trouve placé devant la difficulté de fournir une explication à l'*établissement* de la norme juridique par le juge, alors que la simple observation impose la constatation de leur existence dans notre droit.

Sans être pour autant un « technocrate » de la loi, le Conseil d'Etat recourt avec intensité pour l'élaboration des principes généraux de procédure au pouvoir normatif qu'il s'est attribué. Cette remarque ne doit pas faire oublier que pour la même opération le juge utilise, avant tout, le pouvoir d'interprétation que lui a conféré le législateur (177). Au cours de la phase interprétative (178) le juge a constaté que l'application de certaines règles juridiques à un cas particulier, était *possible*. Dans la seconde phase, dite créatrice, parce qu'il estime que l'application de ces règles est *souhaitable* pour des raisons multiples, il décide d'en faire des principes généraux de procédure. Le juge s'appuie sur des textes pour les dominer ou même les transcender. Le fondement des principes est contenu dans *l'opinio juris* (Sous-Section I) qui fait appel au pouvoir créateur du juge (Sous-Section II).

Sous-Section I

L'« OPINIO JURIS » DANS L'ELABORATION DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

155. — Le juge intervient avec toute la conception qu'il se fait du droit pour élever au rang de principe général certaines institutions En outre, il ne peut s'abstraire de la conjoncture générale dans laquelle il délibère (179). L'ensemble de la jurisprudence administrative « sous-entend, depuis son origine, une certaine conception de

(177) Sur le pouvoir d'interprétation de la règle de droit. Cf. *supra*, S. II, pp. 72-97 et *infra*, p. 128.

Le pouvoir créateur du juge a fait l'objet de nombreuses études : sur l'ensemble de la question, voir M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in* « La technique et les principes du droit public : Etudes en l'honneur de G. Scelle », 1950, T. 2, pp. 613 et s. O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in* Mélanges offerts à J. Maury, « Lib. Dalloz », 1960, T. 2, pp. 349-377 ; Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in* « Etudes offertes à G. Ripert : Le droit privé au milieu du XX^e^ siècle », pp. 28 et s. ; Gény, « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé et fond du droit », Revue Tri. de Droit civil, pp. 265-312, 1926. Seul, parmi les auteurs, le doyen Gény refuse à la jurisprudence tout caractère normatif. Sur le pouvoir du juge d'interpréter les textes. Voir *infra*, ch. 2, p. 130.

(178) Cette opération a été décrite dans la Section précédente.

(179) On retrouve dans l'élaboration des principes généraux de procédure les deux phases de l'élaboration de la coutume : *consuetudo* (éléments techniques) *opinios juris* (décision du juge d'appliquer la coutume ou de faire naître un principe général) cf. *supra*, p. 92 et *infra*, p. 178.

l'Homme dans ses relations avec le pouvoir » (180), conception à laquelle le juge, comme les autres organes étatiques, accorde son « concensus » (181). Le juge fait appel à un bon nombre de règles d'éthique juridique pour justifier l'introduction d'un principe général. Elles répondent à des critères objectifs et subjectifs du droit et servent de fondement au principe élaboré. Il faudra envisager successivement :

— Les éléments constitutifs de *l'opinio juris* (§ 1).

— La vision du droit, fondement de principes généraux de procédure (§ 2).

§ 1. — Les éléments constitutifs de l' « opinio juris » : la vision du droit et des institutions.

156. — L'*opinio juris* constitue « une éthique en quelque sorte « officielle dont nul, dans l'Etat, n'est présumé vouloir s'affran- « chir » (182). Elle correspond à une certaine vision de l'Etat de Droit français auquel personne (le juge, le pouvoir exécutif et même le législateur) ne saurait échapper. La vision du droit ne correspond pas parfaitement à ce que Hauriou appelait les « standards et directives » des autorités sociales. Les standards que le juge tire de son pouvoir discrétionnaire reposent, soit sur la rationalité, soit sur l'équité, ce qui leur supprime l'*imprégnation juridique* qui caractérise la vision et du droit (183) et des institutions.

157. — La conception du juge est connue moins par les arrêts du Conseil d'Etat que par les conclusions des commissaires du gouvernement qui livrent ainsi leur réflexion sur le droit et la procédure, au delà des techniques qu'ils sont chargés d'appliquer. L'ordre juridique français demeure individualiste et libéral. L'Individualisme et le Libéralisme sont consignés pour la première fois dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 (184). L'ensemble des institutions est profondément marqué par cet esprit et les principes qui en découlent « font corps avec le régime démocratique qui est le nôtre, avec l'en- « semble des concepts d'égalité et de liberté que ce régime suppose « politiquement, socialement, économiquement et qui sont intime- « ment ancrés dans nos esprits et dans nos cœurs depuis 1789 ». Cette réflexion de M. Letourneur résume l'opinion que se fait le juge de nos institutions. Par rapport à elles, le Droit a une double fonction : il en est la cause et la conséquence.

(180) Sur l'ensemble de la question, M. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », « Livre jubilaire du Conseil d'Etat », pp. 197-310.

(181) Cf. MAURY, *op. cit.*, p. 39.

(182) M. RIVERO, *loc. cit.*, D. 1951, p. 22.

(183) HAURIOU, *loc. cit.*, pp. 270-275.

(184) Les principes généraux n'ont été démentis ni par le législateur ni par

Le droit est la cause de ces institutions parce que c'est lui qui leur donne la vie, leurs contours, et provoque leur évolution. Mais, le droit est soumis à l'ordre général qu'il a posé. Il ne peut y déroger en tant qu'il a été engendré par lui. Le droit est enfermé dans l'Ordre qu'il a créé (185). De la double fonction du Droit, naît une certaine identité dans la finalité du droit et des institutions. Le *juge* s'est imprégné de cette idée et *s'engage à maintenir une corrélation parfaite, grâce aux principes généraux, entre le droit et les institutions* (186). Le respect de l'esprit des institutions, par le Droit, opère une « nécessaire transcendance du pouvoir, hors de laquelle il n'est plus d'Etat ». La permanence de l'Etat que le Droit et le juge défendent se manifeste dans une certaine « *nature des choses* » et par les « *aspirations latentes de la conscience nationale* ».

A. — « La nature des choses ».

158. — La synthèse des règles juridiques permet de déduire une nature des choses et des institutions (187) qui découle de notre Etat de Droit. Le principe général de procédure sera le résultat de « pro- « cédés qui, le plus souvent, ne s'appuient sur les textes que pour les « dominer » (188). Le juge, pour « extraire l'essence juridique d'un « texte, ne l'isole jamais de son contexte, à la fois actuel et histori-

le juge depuis cette époque. S'ils s'y aventuraient, leur œuvre serait non seulement regrettable au plan philosophique, mais pourrait également être sanctionnée juridiquement. C'est ainsi que le législateur de 1943 avait déclaré expressément que les décisions de la Commission de classement des terres incultes et du Bureau de dépouillement du Conseil supérieur de la Magistrature étaient rendues « sans aucun recours ». Le Conseil d'Etat a décidé cependant que le législateur n'avait entendu supprimer ni le recours en cassation, ni le recours pour excès de pouvoir sauvegardant ainsi le principe de la légalité contenu dans la Déclaration du 26 août 1789 (C.E. 17 février 1950, Lamotte, R.D.P. 1950, pp. 478 et s. et *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.

(185) Les Allemands appellent cet ordre juridique le *Grundordung* (l'ordre fondamental). Il est prévu et protégé constitutionnellement (art. 21 de la Loi Fondamentale du 23 mai 1949) sous le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale (art. 92-94 de la loi fondamentale).

(186) Le juge protège les particuliers des périls dont les menacent les organes administratifs qu'il défend, également, contre les prétentions des individus. Aux organes administratifs classiques, il convient d'ajouter les organes professionnels chargés de régir l'activité et de faire respecter la discipline intérieure de certaines professions. Voir notamment la note précitée de M. Rivero sous « Sté des Concerts du Conservatoire », Dt. Social, 1951, pp. 372-374.

(187) La nature des choses est différente de l'idée qu'en ont donné les tenants du droit naturel. Les influences aristotéliciennes et thomistes peuvent être écartées d'une recherche de la nature des choses : « Elle n'est nullement compatible avec une recherche empirique... l'affirmation des requêtes de la nature de l'homme laisse le champ libre à la recherche des résultats de telle ou telle de ses initiatives ; l'analyse d'une situation pour déduire son règlement de celui d'une autre peut se référer à un résultat obtenu empiriquement », Batiffol, « La philosophie du droit », P.U.F., 1960, p. 78.

(188) Cf. M. Latournerie, « Essais sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », Livre jubilaire du Conseil d'Etat, pp. 203 et 204.

« que, où il puise son véritable sens ». Il constate une nature des choses et des institutions qui doivent être appliquées en toute hypothèse.

Il existe des constantes procédurales qui permettent non seulement d'inspirer la procédure administrative et le droit judiciaire privé, mais contraignent également le juge d'interpréter, dans un sens déterminé, la procédure administrative. Du décret de 1806 à l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui organisent la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat, le législateur est mû par un idéal permanent : Rétablir, dans les rapports contentieux de l'Administration et du particulier, l'égalité dont celui-ci ne jouit pas dans ses rapports quotidiens avec celle-là (189). *Les droits de la défense* n'ont d'autre signification. Quelle que soit leur importance, *tous les recours juridictionnels* s'expliquent ainsi (190). Certaines règles et principes généraux de procédure découlent encore plus directement de la conception de l'Etat de Droit. Une fois admise la primauté de la loi (par la Déclaration des Droits de 1789) le recours contre les actes administratifs illégaux devenait une nécessité. Les textes ont développé des recours gracieux et contentieux en annulation. Ces textes, rares et incomplets à l'origine, devaient être renforcés, soutenus et transcendés par des principes généraux de procédure. La nature de l'Etat de Droit français contraignait le juge à élaborer les principes du recours pour excès de pouvoir et du recours gracieux qui furent formellement reconnus, respectivement en 1950 et 1954, par les arrêts Lamotte et Desseaux (191).

159. — La nature des choses que constate le juge et qui le contraint, repose sur des données juridiques et puise sa source autant dans l'esprit des institutions que dans les textes qui les régissent. Fondement rationnel des principes généraux du droit et de la procédure tiré de la logique des textes et institutions, la nature des choses n'est qu'un élément de l'*opinio juris*. La source des principes généraux est encore plus reculée et doit être recherchée « dans les profondeurs insoupçonnées de la conscience nationale » (192).

B. — La conscience nationale (193).

160. — Le juge se fait le serviteur et l'interprète fidèle de ce que M. Jeanneau a appelé les « aspirations latentes qui se partagent la conscience nationale ».

(189) Voir introduction et conclusion, pp. 19 et 496.

(190) Le recours en rectification d'erreur matérielle trouve son fondement dans la nature des choses et des institutions. Il appartient à tout juge de pouvoir rectifier par lui-même les erreurs de plumes commises (voir *infra*, II[e] partie, pp. 758 et s.).

(191) Voir *infra*, II[e] partie, notamment pp. 259 et s. De la même façon, le principe de la continuité du service public n'a pu être réduit à néant par le droit de grève, car « la continuité est de l'essence du service public ». Concl. Tardieu sur Winkell, C.E., 7 août 1909, S. 1909.III.145.

(192) B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 135.

(193) Ce fondement a été mis en relief pour les principes généraux du droit

Elles sont la forme la moins élaborée de l'état du Droit d'une Nation à une époque déterminée. La conscience nationale diffère de la nature des choses sur deux points : Elle émane du peuple et non du juge. En outre, elle oblige non seulement le juge, mais tous les organes étatiques. La Nation se fait une idée plus ou moins précise de l'ordre juridique et politique dans lequel elle vit (194). La Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 a amené au niveau de la conscience nationale, les aspirations de l' « inconscient collectif » qui fondent la conscience nationale. Le Préambule de la Constitution de 1946 a renforcé les prescriptions de 1789 à la lumière des conquêtes économiques et sociales de la première moitié du XX[e] siècle.

Toute activité législative, réglementaire et jurisprudentielle doit être liée aux idéaux politiques et juridiques que contenaient ou incarnaient ces monuments des droits et libertés. « Notre Droit public », écrit M. Gazier, « ne regarde pas les dispositions formulées dans les « les Déclarations des Droits ou les préambules des Constitutions com- « me des prescriptions juridiques de nature constitutionnelle ou même « législative. Sans leur dénier, pour autant, toute force légale posi- « tive, puisqu'aussi bien elles sont l'expression particulièrement solen- « nelle de la volonté nationale, on y voit généralement des principes « fondamentaux qui doivent inspirer tant l'action législative que « celle du gouvernement et de l'Administration. Le juge se doit donc « d'en imposer le respect... » (195).

L'individu bénéficiera naturellement des avantages reconnus communément par notre ordre juridique. Ainsi sont nés *les droits de la défense* par référence aux institutions judiciaires. Le justiciable dispose d'une procédure qui lui permet de faire valoir tous ses arguments et de contredire librement ceux de son adversaire (196). L'ordre juridique libéral va encore plus loin; il reconnaît un certain droit à l'action en justice. Les principes généraux de procédure permettront de l'ouvrir largement. L'individu peut se faire le défenseur de la légalité et obtenir l'annulation de toute décision administrative irrégu-

par M. JEANNEAU (*op. cit.*, p. 135) ; mais, pour cet auteur, la nature des choses et la conscience nationale ne constituent pas un fondement des principes, mais répondent à un processus particulier d'élaboration de ces principes ; voir l'analyse de cette thèse, *supra*, S. I, pp. 58 et s.

(194) La nature des choses était la réflexion du juge sur les institutions alors que la conscience nationale est la réflexion populaire. Le juge l'interroge, la sonde, lui donne une forme et lui obéit.

(195) Concl. M. Gazier, sur C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, note Waline, R.D.P., 1950, p. 704.

(196) Cf. *supra*, pp. 4 et s., et *infra*, II[e] partie, pp. 389 et s. Si le principe du recours pour excès de pouvoir s'est développé en vertu des impératifs de la conscience nationale et de la nature des choses, les progrès enregistrés dans les conditions de recevabilité et les cas d'ouverture sont dus aux « directives » du juge. Elles ont permis d'accroître le cercle des intéressés admis à intenter un recours. Du droit acquis, on est parvenu à l'action largement ouverte à tous les intérêts administratifs, sans atteindre l'« actio popularis », HAURIOU, *op. cit.*, pp. 280 et s.

lière par la voie du recours pour excès de pouvoir, même si un texte législatif paraît s'y opposer (197).

161. — Le juge est le *gardien* des aspirations latentes de la conscience nationale et l'*interprète* de la nature des choses. Ces deux éléments représentatifs de l'Etat de Droit, seuls ou confondus, donnent une certaine cohésion à la vision du droit et des institutions qui sert de fondement aux principes généraux du droit et de la procédure.

§ 2. — La vision du droit, fondement des principes généraux de procédure.

162. — Les éléments objectifs et subjectifs de la vision du droit et des institutions, constatés et repris par le juge, servent de fondement aux principes généraux de procédure. C'est dans ce sens, et dans ce sens seulement, que les principes généraux de procédure ont une source juridique non écrite (198). L'*opinio juris* permet aux principes généraux de procédure d'avoir un fondement dans le droit positif (A) et non dans le droit naturel (B).

A. — Fondement des principes généraux de la procédure et droit positif.

163. — Le double aspect, éthique et juridique, du fondement des principes, caractérise sa nature hybride : il est, à la fois, éloigné et proche du droit positif.

164. — En créant un principe général, le juge recherche un système de « règles idéales » sans abandonner pour autant les prescriptions du droit positif. L'atmosphère éthique et juridique qui préside à l'élaboration des principes et qui est condensée dans l'*opinio juris*, est la base la plus profonde des règles non écrites. La *conscience nationale et la nature des choses constituent le système formé par les idées et les propositions les plus générales d'où l'on peut déduire un ensemble de principes généraux du droit et de procédure.* Il revient au juge de rechercher si la généralisation d'une législation existante correspond véritablement au système idéal formé par les idées et propositions les plus générales. La conjugaison des deux éléments est indispensable pour mener à bien l'élaboration d'un principe général du droit ou de la procédure. Une distorsion entre les deux aboutirait au rejet de tout principe : le recours en révision et la requête civile n'ont pu, faute

(197) Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.
De la même façon, la décision de justice, lorsque l'organisation juridictionnelle le permet, peut être soumise au double degré de juridiction. Rien ne saurait empêcher enfin qu'un pourvoi pour violation de la loi et des règles juridiques ne soit formé contre une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort.

(198) Cf. *supra*, pp. 96 et 163 et s., la distinction que nous avions faite entre les applications et le fondement des principes généraux de procédure.

d'un fondement précis, être introduits dans la procédure administrative comme principes ou règles générales de procédure (199). Au contraire, le recours en rectification d'erreur matérielle, parce qu'il correspondait à une certaine nature de choses, a acquis droit de cité dans le contentieux administratif (200). C'est parce que le fondement des principes se situe à un niveau différent des règles techniques d'élaboration, qu'il est nécessaire de les distinguer (201). L'*opinio juris* filtre les variations législatives et n'en retient que certaines données fondamentales et stables. Cette œuvre sélective du juge n'entraîne cependant pas une rupture des principes généraux du droit et de la procédure avec le droit positif.

165. — Le fondement des principes généraux de procédure reflète l'Etat de Droit à une époque donnée. Les éléments juridiques, l'éthique juridique, sont les sources les plus profondes des Principes. Ils servent de fondement aux principes et se confondent avec l'œuvre créatrice du juge parce qu'ils correspondent à une certaine conception du droit et de la volonté générale. Toute création de principe général de procédure doit éviter qu'il n'y ait un hiatus entre les différentes données du droit positif.

Duguit a démontré que le Droit est « un produit spontané des « consciences individuelles, s'inspirant à la fois du sentiment de la « nécessité sociale et du sentiment de la justice » (202). On peut admettre ce point de vue tout en reconnaissant que le droit est création de l'Etat : le phénomène décrit par Duguit correspond alors au fondement du Droit. Les fondements des principes généraux du droit et de procédure n'échappent pas aux explications d'ensemble de toutes les règles du droit. Or, les aspirations latentes de la conscience nationale ou la nature des choses ne sont-elles pas une « explication » du droit positif ? Dans ce sens, elles peuvent être considérées comme des fondements des principes généraux du droit et de la procédure. Il existe une interpénétration permanente entre le droit positif et ses fondements. Le droit positif obéit à certaines règles fondamentales et l'accumulation des règles de droit contribue à forger le fondement des règles futures.

B. — Le fondement des principes généraux de procédure et le droit naturel.

166. — Le fondement des principes généraux de procédure explique vraisemblablement la filiation qui leur est attribuée. Parce qu'ils puisent leur source dans les réseaux profonds d'un certain Etat de droit, il en a été déduit qu'ils étaient l'expression immédiate de valeurs immuables, propres au droit naturel qui domine la concep-

(199) (200) Conclusions Jacomet, précitées, C.E. Ass., 4 mars 1955, dame Veuve Sticotti, R.D.P., 1955, p. 733 ; *infra*, II[e] partie, pp. 362 et s., et *supra*, pp. 86-87.
(201) Cf. *supra*, pp. 63 et s.
(202) Duguit, « Traité de droit constitutionnel », déjà cité, T. 2, p. 33.

tion générale des principes ou fournit une interprétation partielle à certains d'entre eux. Toute l'œuvre de M. Jeanneau repose sur le dogme de l'appartenance des règles non écrites au droit naturel (203). Un raccourci saisissant de ces thèses est donné par le juriste belge M. Wigny. Lorsque le juge ne trouve pas « de texte applicable du problème qu'il doit trancher, il ne lui reste plus qu'à appliquer les principes généraux du droit et l'équité, c'est-à-dire, *juger selon sa conscience* » (204). Les droits de la défense sont soumis, parfois, à cette explication (205). Le principe de légalité répondrait à des préoccupations identiques. Les explications du droit naturel sont insuffisantes et inexactes.

Il serait contraire tant aux règles d'élaboration qu'aux techniques d'application des principes généraux de procédure de mésestimer leur base juridique précisée pour trois raisons :

Tout d'abord, le fondement des principes est insuffisant à expliquer leur apparition en droit positif. *Si des textes ne préexistaient pas, aucun principe général de procédure* ne pourrait être créé. Cela revient à dire qu'il n'existerait aucun principe de procédure. Seul, le droit positif justifie, tout à la fois, la création et l'application des principes. En second lieu, le fondement des principes (nature des choses et aspirations de la conscience nationale) résulte d'un enchevêtrement des règles du droit positif et des règles que l'on retrouve en morale. Le Droit est au moins autant la cause et le fondement de la conscience nationale que sa conséquence. Il n'est jamais le sous-produit d'une éthique quelconque. Si la Déclaration de 1789 répondait bien aux aspirations de la société contemporaine et continue, soumise à certains aménagements, de répondre aux aspirations de la conscience nationale, elle fait également partie intégrante du droit positif (206). Les concordances et similitudes entre certaines réalités sociales et les textes ne sont que fragmentaires et relèvent de facteurs divers que n'expliquent pas le droit naturel. Elles ne permettent pas d'affirmer que les principes généraux de procédure ne sont concevables que dans une optique de droit naturel. Elles autorisent encore moins d'affirmer que les règles morales sont les seules bases de principes généraux.

Enfin, il n'appartient pas à un juge de créer ou d'appliquer des règles de droit naturel, comme le fait remarquer Ripert dans le « déclin du Droit »; le Code civil le lui interdit (art. 4-5). Il lui est cependant loisible d'introduire certains éléments d'une morale trans-

(203) Cf. *supra*, pp. 60 et s.

(204) P. Wigny, « Droit administratif, principes généraux », 3e éd., Bruxelles, 1953, p. 73.

(205) Cf. *infra*, IIe partie, p. 38 et Motulsky, « Les droits de la défense, *in* Mélanges Maury, pp. 234 et s. Voir également Del Vecchio, « Justice-Vérité », pp. 39 et s. L'ensemble de l'œuvre de M. Jeanneau est également inspirée de cette idée (*op. cit.*, p. 249).

(206) Cf. *supra*, p. 67.

cendante, sans que l'on considère que les règles de droit qu'il crée soient des règles de droit naturel (207).

Sous-Section II

REFLEXIONS SUR LE ROLE CREATEUR DU JUGE DANS LA GENESE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

167. — Les créations du juge français constituent une dérogation limitée au caractère écrit de notre droit, mais elles ont fini par prendre une place réelle à côté des règles législatives et réglementaires. Il existe, grâce au dynamisme jurisprudentiel, de véritables lois matérielles dégagées par le juge en dehors de toute habilitation expresse à le faire (208). Le Conseil d'Etat se défend pourtant d'engendrer des règles nouvelles et prétend ne se livrer qu'à un pur travail de constatation dans l'élaboration des principes généraux de la procédure. Cette modestie, plus affectée que sincère, est difficilement vérifiable dans son œuvre jurisprudentielle. Il apparaît également que le principe général de procédure est une norme nouvelle créée à la suite d'une ou plusieurs décisions créatrices du juge. On pourra envisager successivement :

— La nature du pouvoir créateur du juge (§ 1).

— Le principe général de procédure, résultat d'une décision unique, ou d'une évolution créatrice (§ 2).

§ 1. — La nature du pouvoir créateur du juge.

168. — Il y a œuvre de création lorsque le juge *se prononce sur la nécessité de transformer la législation existante en un concept juridique plus abstrait en l'élevant au rang de principe général de procédure.*

(207) Notons enfin que des principes naturels devraient être appliqués ou constatés par le juge, mais non pas créés par lui. Nous avons déjà noté cette contradiction à l'encontre des tenants du droit naturel. Cf. *supra*, pp. 64 et s.

(208) L'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 interdit au juge de « *prendre aucune part... à l'exercice du pouvoir législatif* » et cela, « directement ou indirectement ». Les constituants révolutionnaires ont maintenu avec rigueur le principe ; voir l'article 3, ch. 5, T. III de la Constitution du 3 septembre 1791, et l'article 203 de la Constitution du 5 Fructidor An III.

L'existence d'une « politique » juridictionnelle du Conseil d'Etat est admise de tous, mais regrettée par certains.

Sur l'ensemble de la question, voir M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *in* « La technique et les principes du droit public ; Etudes en l'honneur de G. Scelle », 1950, T. 2, pp. 613 et s. O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in* Mélanges offerts à J. Maury, Lib. Dalloz.

169. — L'opération décrite fait appel à une liberté créatrice du juge, dépendante du caractère objectif limité de la vision du droit et des institutions (209). La volonté créatrice du Conseil d'Etat intervient à deux moments qui se suivent chronologiquement et qui se superposent au raisonnement par analogie dont les limites sont tracées par son caractère purement technique. La volonté créatrice constitue un dépassement du raisonnement par analogie. Lors de l'élaboration de la vision du droit et des institutions, et lors de la décision finale d'introduire un principe nouveau dans le droit positif, le *juge n'applique plus des données acquises, il crée ou recrée une conception nouvelle du droit et de la procédure* (210). Placé devant un ensemble de règles du droit positif qui ne peuvent recouvrir la variété des faits qui présentent des analogies, le juge continue de faire application de ces règles de droit mais modifie leur nature : il crée un principe général.

A. — La liberté du juge dans l'appréciation de la conscience nationale et de la nature des choses.

170. — La décision de justice définitive ne peut faire l'objet d'aucune annulation, ni contestation. La liberté qui en résulte pour le Conseil d'Etat ne peut être sanctionnée juridiquement. Sa vision du droit sera tout aussi libre que les éléments qui la composent sont larges. La conscience nationale se prête à plusieurs interprétations. Les inductions auxquelles les textes fondamentaux (Déclaration des Droits et Préambules) donnent naissance dépendent de la propre vision du droit du juge (211). Il existe un choix, libre mais limité, pour le juge entre plusieurs conceptions de la nature des choses. En présence de la loi du 24 mai 1872 ou de l'article 32 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 selon lequel le Conseil d'Etat « statue souverainement sur « les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les « actes des diverses autorités administratives », le juge pouvait lui donner plusieurs interprétations extensives ou restrictives : l'article 32 est susceptible de s'identifier avec le principe de la légalité que doivent respecter toutes les autorités de la nation et qui suppose une soumission totale des organes étatiques à l'Etat de droit. Il peut également signifier que le Conseil d'Etat est juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort. Enfin, d'aucuns verront en lui un texte de portée illimitée et qui soumet au recours pour excès de pouvoir tous les actes administratifs unilatéraux. C'est cette dernière interprétation qu'a retenu le juge (212).

(209) Cf. *supra*, pp. 100 et s.

(210) Cf. *infra*, Le caractère objectif limité et le caractère sélectif de la vision du droit, pp. 108-109.

(211) M. Rivero, *loc. cit.*, D. 1951, cl. p. 21, et Latournerie, *op. cit.*, p. 192.

(212) C.E., 17 février 1950, dame Lamotte, R.D.P. 1950, pp. 478 et s. Voir *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.

171. — L'*opinio juris* constitue un pouvoir créateur important car la vision du droit et des institutions n'a pas un caractère objectif poussé à un triple titre :

172. — 1) *Son caractère est, par essence, peu rigide.* Le seul exemple de la conscience nationale (213) suffit à démontrer la souplesse des éléments constitutifs de l'*opinio juris*. Le juge n'est pas chargé de décider de l'application des données brutes des textes qui imprègnent la conscience nationale (214) mais, plus précisément, de rechercher quels éléments pénètrent cette conscience. La vision du droit ne se confond pas, à ce plan, avec les « standards et directives » (215) qui guident le juge dans ses autres activités jurisprudentielles. Les directives répondent à un état social alors que les principes généraux relèvent de l'ordre juridique.

173. — 2) *L'œuvre sélective du juge.* Avant de devenir un document juridique, un jugement est soumis à l'affrontement de plusieurs volontés et caractères. L'*opinio juris* procède d'un jugement contingent et la nature des choses n'est pas envisagée de façon identique par tous les membres qui composent un tribunal.

L'exemple du principe du caractère contradictoire de la procédure (216) illustre cette affirmation. L'importance à donner au caractère contradictoire de la procédure devant une juridiction administrative obéit à des facteurs variés. La nature des choses n'est pas impérieuse au point d'imposer une solution unique. La procédure est composée d'éléments matériels qui font d'elle un agrégat souple d'institutions variées. Certaines d'entre elles établissent un débat contradictoire. Mais les procédures civile et pénale comportent trop de variations, selon les instances et les juridictions intéressées pour que la nature des choses impose une solution univoque. Le Conseil d'Etat l'a compris et laissé aux juges inférieurs une latitude assez grande dans l'appréciation de la « défense utile » (217).

La recherche de l'objectivité n'est cependant pas étrangère au souci du juge. Il arrive fréquemment aux commissaires du gouvernement de développer plusieurs propositions au Conseil d'Etat, tout en faisant remarquer leur préférence pour l'une d'entre elles, qui n'est pas nécessairement retenue par l'organe de jugement (218). La vision

(213) Voir *supra*, § 1, pp. 101-103.

(214) Les principes peuvent être cependant appliqués à partir des dispositions précises de ces textes fondamentaux. Il s'agit d'une opération distincte (voir *supra*, S. II, Sous-Section I).

(215) HAURIOU, *op. cit.*, pp. 310-312.

(216) Cf. *infra*, II[e] partie, Le principe des droits de la défense, pp. 293-297. C.E. La Huta, 12 mai 1961, Rec., p. 513.

(217) Plutôt que d'imposer des délais fixes, le juge du fond décide, en vertu des circonstances de l'affaire et de l'importance du document transmis des délais à respecter. Voir *infra*, pp. 410 et s.

(218) Le rétablissement de la légalité républicaine, le principe de la légalité et l'exégèse des textes furent tour à tour soumis à l'appréciation de la Haute Assemblée par le Commissaire du gouvernement Delvolvé pour faire accepter

du droit ne revêt pas, cependant, un caractère discrétionnaire, car elle est enfermée à l'intérieur d'un ordre juridique qui, bien qu'il soit souple, restreint la liberté du juge.

174. — 3) *Les variations historiques de la vision du droit :* Enfin, le juge doit être le porte-parole des variations historiques et populaires des institutions. Il lui serait reproché, cependant, d'enregistrer des mouvements d'humeur et de versatilité. Il doit déceler l'origine d'une variation : variation temporaire de l'opinion ou variation profonde de la conscience nationale. Le juge est au service de la seconde, et non l'exécutant docile de la première (219). Il est demandé au juge d'interpréter et de se plier à un certain sens de l'histoire, que représentent les principes généraux de procédure qui ont introduit l'égalité dans les rapports contentieux entre particulier et l'Administration; en partant d'un droit inégalitaire, le Conseil d'Etat a créé un véritable Code de Procédure administrative.

Les interférences de la vision du droit, de son caractère évolutif et souple, font naître une indétermination trop grande pour reconnaître à la conscience nationale et à la nature des choses un caractère purement objectif. C'est en cela qu'apparaît le pouvoir créateur important du juge dans la création des principes généraux de procédure.

En résumé, le pouvoir créateur du juge réside dans la liberté qu'il a d'opter entre plusieurs conceptions de la vision du droit qui lui permettront d'accepter ou de refuser discrétionnairement l'élévation d'une règle de droit au rang de principe général de procédure (220).

B. — La liberté du juge d'élever une règle juridique au rang de principe.

175. — Les forces exogènes (vision du droit) n'imposent pas au juge d'élever une règle au rang de principe général. Il doit surmonter

l'existence d'un principe du recours pour excès de pouvoir contre tous les actes administratifs. C.E. Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, R.D.P. 1950, p. 478, voir *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.

(219) Au terme de ces variations la grève n'est plus un délit, mais l'expression d'un droit (transcrit dans les textes) auquel l'Etat de droit et la conscience nationale sont fortement attachés. On peut enregistrer l'évolution du droit de grève dans la jurisprudence de l'arrêt Winkell (C.E., 7 août 1909, précité, p. 76) à l'arrêt Dehaene (C.E., 7 juillet 1950 ; précitée, J.C.P. 1950.II.5681). Le droit de grève est encore limité. Agir différemment consacrerait officiellement la notion d'« Etat à éclipses ». M. Gazier a posé en ces termes les dangers qu'il y aurait de reconnaître dans toute sa plénitude le droit de grève dans la fonction publique. La vision du monde n'atteint pas le degré de mobilité et d'instabilité des standards et directives sensibles aux « mutations plus ou moins brusques qu'entraîne le mouvement incessant de la civilisation ». Nécessaires aux actes jurisprudentiels, autres que les principes généraux de procédure, les standards ne peuvent ni précéder, ni préparer, ni justifier l'apparition des règles non écrites. Hauriou, *loc. cit.*, p. 275.

(220) La liberté laissée au juge est donc plus restreinte que le reconnaissait Hauriou. Les directives et standards « sont tirés par les juges de leur propre pouvoir discrétionnaire », *op. cit.*, p. 296.

les limites du raisonnement par analogie en y adjoignant un véritable pouvoir normatif qui opère une sorte de *novation* de la règle qui servait de point de départ à l'analogie (221).

176. — La décision du juge de créer un principe nouveau est comparable, sur certains points, au précédent obligatoire du droit anglo-saxon. Il y a précédent quand le principe contenu dans une décision de justice fixe un point de droit dans le silence supposé des textes et doit être obligatoirement appliqué à toutes les espèces semblables (222). La décision de recourir à un principe général de procédure pour expliquer l'application d'une règle juridique constitue un cas précédentiel. Le cas précédentiel est caractérisé à la fois par son aspect innovateur et ses prolongements jurisprudentiels. Le principe crée une règle nouvelle et dispose pour toutes les hypothèses semblables qui se présenteront à l'avenir sans rompre avec le passé (représenté par les textes existants). La jurisprudence du Conseil d'Etat fournit un nombre assez grand de décisions de ce genre.

177. — L'élaboration du principe général, selon lequel tout acte administratif est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, montre les limites du raisonnement classique et met en exergue la nécessité d'une décision créatrice. Ayant à statuer à la demande de la dame Lamotte sur la portée de la loi du 23 mai 1943 aux termes de laquelle « l'octroi de la concession (des terres incultes) « ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire de « la part du propriétaire », le Conseil d'Etat lui donna un sens très restrictif qui limitait la volonté du législateur (223).

Le juge opposa la loi de 1943 à l'article 32 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945, relatif au recours pour excès de pouvoir et qui représentait, au contraire, le droit commun favorable aux particuliers. La confrontation des deux textes permettait-elle, d'aboutir à l'effacement de la loi de 1943 devant l'ordonnance de 1945 ? (224). Le résultat ne devait être obtenu que par un dépassement des données primitives. Le mouvement a été donné, en premier lieu, par un jugement du Conseil de Préfecture de Lyon qui constate l'existence d'une « règle de droit « public d'après laquelle tout acte administratif, quelle que soit « l'autorité dont il émane, est soumis au contrôle de la juridiction « administrative » (225). Le seuil est franchi. Il restait à la Haute Assemblée de le confirmer. Saisi en appel de la décision du Conseil de Préfecture de Lyon, le Conseil d'Etat crée le principe attendu qui

(221) Cf. *supra*, S. II, pp. 68 et s. Le juge peut se contenter d'appliquer une législation préexistante sans faire pour autant appel aux principes généraux de procédure.

(222) Cf. M. CHRÉTIEN, *op. cit.*, pp. 85 et s. : « Le précédent obligatoire du droit anglo-américain. »

(223) C.E., 23 avril 1947, ministre de l'Agriculture, Delle Yard, Rec., p. 157.

(224) Voir *infra* : La valeur des principes généraux de procédure, pp. 115 et s.

(225) Conseil de préfecture de Lyon, dame Lamotte cité par le commissaire du gouvernement Delvolvé dans ses conclusions sur l'arrêt ministre de l'Agriculture, Dame Lamotte (C.E., 17 février 1950), R.D.P. 1951, p. 480.

se trouvait déjà en germe dans le jugement précité : « Le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif » affirme le commissaire Delvolvé dans ses conclusions qui sont reprises dans l'arrêt Dame Lamotte. Un degré est atteint au delà duquel l'analogie ne peut plus expliquer, seule, une simple interprétation et une pure application de la législation existante. Le juge est amené à lui adjoindre (et non à lui substituer) un élément nouveau et créateur. C'est en cela, notamment, que la décision de créer un principe général présente une certaine parenté avec les règles créées par le précédent juridictionnel. *Sans volonté de création, il n'y aurait pas de principes généraux de procédure. Ils ne se constatent pas, ils se créent :* ils ne sont pas la formulation juridique d'un droit naturel, ils constituent une source originale du droit.

C. — L'autonomie du pouvoir de création du juge administratif.

178. — L'établissement de règles de droit nouvelles par les tribunaux fait naître un conflit, au moins théorique, entre le juge et les autorités classiquess créatrice de Droit. L'apparition des principes généraux du droit ou de la procédure constitue-t-elle un empiètement abusif sur la fonction législative ou n'est-elle qu'une manifestation normale de la collaboration du juge au pouvoir législatif ?

179. — Il ne peut exister d'empiètement des principes sur la loi, car le juge ne se substitue pas au législateur : l'œuvre du législateur sert de base à la création du juge. La collaboration entre le législateur et le juge est également inexistante : lorsqu'un principe entre en conflit avec une loi, il doit s'incliner devant la règle écrite, si la volonté du législateur est claire et expresse (226). S'il advient au juge de méconnaître les limites qui lui sont assignées, une réaction du législateur est toujours concevable, sinon souhaitable : mais elle est extrêmement rare, constate M. Waline (227). Pour que le Parlement s'élève contre une interprétation abusive ou fausse d'une loi, il faut que la déformation soit « intolérable, tellement pernicieuse, tellement déplorable dans ses effets que le Parlement estime qu'il ne peut pas laisser persister une telle jurisprudence » (228). L'application des principes généraux a rarement donné lieu à de telles difficultés (229). Leur création n'a jamais suscité une telle réaction.

180. — Faut-il en conclure, avec M. Dupeyroux, à une « décadence formelle de la démocratie » ? Absolument pas en ce qui concerne les principes généraux; une réponse plus nuancée s'imposerait, vraisem-

(226) Voir *infra*, ch. 2, pp. 141 et s.

(227) Sur les notions d'empiètement et de collaboration. Cf. O. Dupeyroux, *loc. cit.*, p. 365 et Waline, *loc. cit.*, pp. 624 et s.

(228) M. Waline « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », R.D.P. 1928, pp. 441 et s.

(229) Cf. *infra*, pp. 137 et s.

blablement pour d'autres règles jurisprudentielles. Comment analyser l'œuvre créatrice du juge dans les principes généraux de procédure ? Les textes législatifs offrent aux tribunaux une série d'options qui sont levées en faveur d'une solution générale et permanente. Les principes généraux constituent ainsi une source de droit qui n'a rien « d'abusif » (230) puisqu'elle a pour fondement un certain nombre de règles du droit positif et qu'elle permet l'application d'un grand nombre de textes législatifs.

§ 2. — Le principe général de procédure, résultat d'une création unique ou d'une évolution créatrice ?

181. — La volonté créatrice du Conseil d'Etat, se manifeste soit par une décision de principe, soit dans une série de décisions qui apportent un élément nouveau aux précédentes. Les deux systèmes sont parfois combinés. L'analyse historique des principes généraux de procédure montre que leur apparition n'est ni un phénomène brutal, ni une manifestation isolée. Les éléments techniques poussent le juge à prendre une décision, la vision du droit et des institutions le contraint presque à prendre une décision créatrice.

A. — Les décisions uniques.

182. — Un principe général (du droit ou de la procédure) naît à la suite d'un acte juridictionnel unique, qui constitue un précédent, lorsqu'un ensemble de règles écrites sont transformées en principe général par cette décision. La décision de créer un principe peut être soit véritablement, soit apparemment unique.

183. — 1) *La décision créatrice véritablement unique.* Le Conseil d'Etat crée un principe général de procédure par un seul arrêt. Sa décision repose sur des textes ou une institution déjà existante. Il arrive rarement que les principes naissent ainsi sans qu'un climat jurisprudentiel préalable ait précédé leur apparition en droit positif. Le principe selon lequel une juridiction ne peut renoncer à sa compétence juridictionnelle est apparu pour la première fois dans une décision, dame Valat, en 1957 (231).

184. — 2) *La décision créatrice apparemment unique.* La création d'un principe général de procédure peut résulter d'une décision qui n'est pas unique, ni isolée, mais qui a été précédée d'un certain nombre de décisions préparatoires. Cette méthode correspond davantage

(230) *Contra,* O. Dupeyroux, *op. cit.* L'auteur s'attaque davantage aux règles jurisprudentielles en général, qu'au principe du droit ou de procédure, en particulier.

(231) C.E., 16 octobre 1957, C.S.G.P. ministre des Anciens Combattants et victimes de la guerre c. veuve Valat, Rec. p. 533.

à la prudence et à l'art du Conseil d'Etat dont le pointillisme juridique n'est plus à expliquer.

La plupart des grands principes de procédure ont vu le jour de cette façon, précédés de longues prolégomènes. Le principe du recours en cassation avancé avec force par l'arrêt d'Aillières (232) a ouvert ce recours contre les décisions du jury d'honneur malgré l'ordonnance de 1944 qui semblait l'interdire. Avant qu'il ne soit formulé officiellement, le Conseil d'Etat avait déjà décidé, en vertu d'un principe plus vague mais réel, que dans le silence des textes particuliers le prévoyant expressément, le recours en cassation devait être ouvert contre les décisions rendues en dernier ressort (233). Extérieurement, cependant, la création du principe général de procédure est l'œuvre de l'arrêt d'Aillières.

185. — Le principe affirmé par une décision peut, d'autre part, n'être que le démembrement d'un principe antérieur. Le souci de rigueur et de perfectionnement sont ici aussi, à l'origine de la décision nouvelle. Le principe du caractère contradictoire a fait une entrée en procédure administrative, remarquée et saluée de tous les commentateurs, par l'arrêt Société La Huta du 12 mai 1961. En négligeant de mettre à même les intervenants de faire valoir leurs moyens à l'instance, la Commission spéciale d'indemnisation des nationalisations polonaises avait « méconnu le principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire » (234). En réalité, le principe même du contradictoire était contenu dans celui du respect des droits de la défense. Il était impliqué par eux, et sa consécration jurisprudentielle n'entraîne pas une rupture avec les droits de la défense.

186. — Le principe général de procédure apparu subitement peut n'être enfin que le résultat logique d'un principe général du droit. Dans ses conclusions sur l'affaire dame Lamotte, M. Delvolvé a montré comment le principe général du recours pour excès de pouvoir était une conséquence logique et quasi inéluctable du principe de légalité, déjà mis en œuvre partiellement par le principe du recours en cassation (235). Son existence même était décelable dans une jurisprudence beaucoup plus ancienne (236). Le principe du recours pour excès de pouvoir n'est que l'aboutissement contrôlé d'une réaction en chaîne. Son apparition en droit positif dans l'arrêt dame Lamotte est un aspect événementiel de son développement.

(232) C.E. Ass., 7 février 1947, R.D.P. 1947, pp. 75 et s.

(233) C.E., 3 avril 1936, dame Wolf, Rec. p. 316 cf. *infra*, II[e] partie, pp. 323 et s.

(234) Rec. p. 313, cf. *supra*, p. 110 et *infra*, II[e] partie, p. 212.

(235) Cf. voir conclusions Delvolvé, R.D.P. 1950, p. 481.

(236) En 1912, le Conseil d'Etat admettait déjà que si une « requête met en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative..., le requérant est recevable à attaquer la décision dont il s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir ». C.E., 9 mars 1912, Lafage, D.P., 1914.III.49.

Les hypothèses d'acte juridictionnel unique et créateur sont plus souvent une apparence qu'une réalité. La création du principe de procédure est, en règle générale, le produit d'une longue gestation.

B. — Les décisions multiples.

187. — Avant une proclamation solennelle en droit positif, le principe général de procédure a déjà subi plusieurs transformations. Une disposition procédurale peut être issue du droit judiciaire privé et devenir une règle générale de procédure. La règle générale de procédure conserve provisoirement cette forme et devient un principe innomé qui, à son tour, accède au rang de principe général expressément formulé. C'est ainsi que la règle selon laquelle aucun document ne peut être soumis au juge sans l'avoir été également aux parties a été accueillie d'abord comme règle générale de procédure intégrée au principe du respect des droits de la défense. Elle est devenue, par la suite, un principe général innomé par l'arrêt « Compagnie générale des Papiers » (237) et fait partie, de nos jours, du principe du caractère contradictoire de la procédure. L'élaboration du principe se situe à plusieurs niveaux; le passage à chaque niveau supérieur fait l'objet d'une décision créatrice qui constitue un précédent pour toutes les juridictions administratives tant que le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire d'accorder une autre valeur à la règle nouvelle dégagée.

188. — *Conclusion du Chapitre :* Les principes généraux de procédure sont des normes d'origine jurisprudentielle induites de règles du droit positif. Ils s'imposent à toutes les juridictions grâce aux textes et règles non écrites qu'ils rendent applicables à ces juridictions. L'*opinio juris*, créatrice du principe, repose sur une interprétation juridique et philosophique de la vision du droit, c'est-à-dire de la conscience nationale et de la nature des choses.

La genèse des principes généraux de procédure fait ainsi apparaître deux éléments : ils ne peuvent être élaborés qu'à partir de règles du droit positif (lois et principes généraux du droit), mais, en revanche, ils sont créés librement par le juge administratif.

(237) Cette technique de création vaut également pour le recours en rectification d'erreur matérielle. Voir *infra*, II[e] partie, pp. 366 et s.

CHAPITRE II

La valeur juridique des principes généraux de procédure.

189. — La valeur juridique reconnue aux principes généraux de la procédure est dominée par leur origine jurisprudentielle. Il est admis unanimement qu'ils « *ont valeur d'une règle positive* » et qu'ils sont intégrés dans l'ordre juridique positif (1). Ils doivent donc trouver place parmi les règles normatives qui composent cet ordre. La doctrine est âprement divisée sur le point de savoir si les principes généraux sont « *assimilables* » aux règles législatives ou constitutionnelles ou si, au contraire, ils constituent des règles « *para*législatives » ou « *para*constitutionnelles » (2). Dans le premier cas, les principes généraux ne seraient que des prolongements de la loi ou de la constitution; dans le second, ils constitueraient des règles originales du droit (3).

La tradition française légaliste et la conception formaliste de la règle juridique exposent toute tentative de classement à une critique

(1) C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, concl. Gazier, note Liet-Veaux, J.C.P., 1950.II. 5681, note Waline, R.D.P., 1950, p. 691, note J.D.V., S. 1950.3.109.

(2) Les débats qui ont agité la doctrine portent essentiellement sur les principes généraux du droit. Cela s'explique dans la mesure où les principes de procédure n'ont pas encore fait l'objet d'étude systématique et n'ont jamais été dissociés des principes généraux du droit, malgré les points qui peuvent les séparer (voir *infra*, pp. 162 et s.). Nous prendrons parfois comme exemple des principes généraux du droit lorsqu'ils auront été avancés par certains auteurs pour défendre un point de vue que nous ne partageons pas. Les arrêts d'Aillières (C.E., 7 février 1947, Rec. p. 50) et dame Lamotte (C.E. 17 février 1950, Rec., p. 110) qui consacrent les deux plus importants principes généraux de procédure constitueront néanmoins la clef de voûte de notre argumentation.

(3) La première hypothèse est surtout soutenue par les auteurs de droit privé, branche dans laquelle les principes généraux ont une nature particulière. Le juge-

systématique. Le dogme de la suprématie de la loi formelle sur toutes les autres sources du droit tolère difficilement l'apparition des lois matérielles égales ou concurrentes aux règles écrites. Cette situation traditionnelle ne doit pas empêcher la confrontation des règles écrites avec les règles non écrites, ni interdire de classer les différentes sources du droit dans la hiérarchie de la légalité, entendue dans son sens le plus large (4). La valeur législative des principes généraux de procédure apparaît alors clairement.

Trois points pourront être successivement envisagés :

— La supériorité des principes généraux de procédure sur les actes administratifs (Section I).

— Le conflit entre la loi et le principe général de procédure (Section II).

— La soumission du principe général de procédure à la règle constitutionnelle (Section III).

Section I

LA SUPERIORITE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE SUR LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATERAUX

190. — La jurisprudence et la doctrine admettent sans aucune réserve que les autorités administratives soient liées par les principes généraux de la procédure. Le pouvoir exécutif ne peut y déroger sans

ment du Tribunal civil de la Seine du 5 décembre 1952 rapprochait cependant les principes généraux du droit civil et du droit public au point de les confondre en vertu de leur origine commune dans le « jus civile » (J.C.P. 1953.II.7371, note Vedel). Le jugement fut infirmé par la cour d'appel (C.A. Paris, 2 février 1955, note Esmein, J.C.P. 1955.II.8619 ; rapport Dupin, Gaz. Pal., 1955.I.169). La Cour de cassation saisie par la suite d'un pourvoi n'invoqua pas l'existence de principes généraux (Cass. civ., 23 novembre 1956, Trésor public, C. Giry, rapport Lemoine, D. 1957.J.34, note Esmein, J.C.P. 1956.II.9681, chro. Fournier et Braibant, A.J., 1957.II.91).

(4) Sur ce point, cf. M. de Laubadère, « Traité de Droit administratif », p. 232. La légalité est constituée par un ensemble de règles écrites et non écrites : lois constitutionnelles, lois ordinaires, décrets, traités internationaux et règles jurisprudentielles parmi lesquelles l'auteur classe les principes généraux du droit. M. Vedel étend davantage encore le principe de la légalité. Il ajoute aux sources précédentes les décisions de justice (qu'il distingue du droit jurisprudentiel), les contrats de l'administration et l'ensemble des décisions exécutoires. Cf. G. Vedel, « Le principe de la légalité », *in*, Droit administratif, collec. Thémis 1961, pp. 177-223.

En revanche, M. Eisenmann opte pour une conception beaucoup plus restrictive. La légalité est « celle qui se fonde sur la notion de loi qui est celle du droit positif ». La Constitution de 1958 ne permettrait plus une telle interprétation. Elle en en effet investi d'un véritable pouvoir législatif les autorités réglementaires (art. 34 et 37). Cf. M. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de la légalité », Etudes et documents, 1957, pp. 25-40.

porter atteinte aux règles de la légalité, « *principe si général qu'aucune autorité administrative n'y échappe* » (5). La règle vaut pour l'ensemble des actes administratifs quelle que soit l'autorité dont ils émanent et quels que soit leurs rapports avec la loi (6).

§ 1. — Les actes réglementaires d'exécution et les principes généraux de procédure.

191. — La soumission des actes réglementaires d'exécution aux principes généraux du droit ou de la procédure ne souffre aucune réserve. La jurisprudence multiplie les cas d'annulation ou de non application des actes administratifs unilatéraux (réglementaires ou individuels) pris par les autorités administratives en violation d'un principe général. Cette autorité conférée aux principes généraux de procédure provient du fondement donné à certains d'entre eux et de leur nature même.

Le principe général selon lequel tout acte administratif peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (7) transcrit dans la réalité contentieuse la sujétion des actes administratifs aux impératifs de la légalité. L'acte d'exécution doit être conforme à l'acte sur la base duquel il est pris. En d'autres termes, l'acte administratif d'exécution ne peut, en vertu du principe du recours pour excès de pouvoir, déroger à la loi. S'il en allait autrement le principe général pourrait être contredit par n'importe quel acte administratif et périrait de la contradiction qu'il aurait engendrée.

Avant même que le principe de légalité ne soit affirmé solennellement et garanti par les arrêts d'Aillières et Lamotte (8), la soumission des actes administratifs aux principes de procédure était déjà réalisée. Elle provenait de la nature même des principes. Ils sont le résultat d'une synthèse des dispositions législatives et réglementaires existantes (9) ce qui confère aux principes de procédure une double fonction de règle interprétative et de règle obligatoire. Ils s'appliquent non seulement dans le silence des textes, mais aussi en présence d'actes réglementaires contraires. Par leur origine législative, les principes de procédure disposent d'une supériorité certaine sur les actes

(5) Conclusions Delvolvé précitées sur l'affaire Lamotte, R.D.P., 1950, p. 484.

(6) Ainsi considéré, l'acte administratif peut se définir comme « tout acte émanant d'une autorité administrative agissant dans l'exercice de ses fonctions non juridictionnelles et n'employant pas de procédés de gestion privée », MM. Lietveaux et Dupuis, « L'acte administratif », Juris. class. adm., fasc., 106, p. 1.

(7) Cf. *supra*, pp. 76 et s. et *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s. Il s'agit du principe général du recours pour excès de pouvoir de l'arrêt dame Lamotte (C.E., 17 février 1950, Rec., p. 110).

(8) C.E., 7 février 1947 d'Aillières, concl. Odent, note Waline, R.D.P., 1947, p. 58, note Morange, J.C.P., 1947.II.3508 ; C.E. Ass., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte, concl. Delvolvé, note Waline, R.D.P. 1951, p. 478.

(9) Cf. *infra*, pp. 144 et s.

administratifs d'exécution. Une solution différente rendrait presque inutile l'existence des principes généraux. Il est de leur essence de contraindre les autorités administratives (et juridictionnelles) au respect d'un certain état de droit.

192. — La solution retenue vaut aussi bien pour les principes généraux du droit (10) que pour ceux de procédure. Quelques exemples suffisent pour en convaincre. Un décret prévoyait qu'à l'expiration d'un délai de vingt cinq jours assigné aux parties pour prendre connaissance du dossier la juridiction pourrait, en tout état de cause, statuer. Le décret fut considéré de nul effet par le juge, au motif qu'*une décision réglementaire, « ne saurait comporter de dérogations aux principes généraux du droit qui régissent le fonctionnement de juridictions »* (11). Dans une autre espèce, le juge a confronté les dispositions des articles du décret du 26 novembre 1956 relatifs à la profession de pharmacien et les principes généraux de procédure. Si, seul, un rapporteur désigné par le président avait entendu des témoins sans que le résultat de leurs dépositions ne fût mis à la disposition des justiciables, les principes généraux de la défense et ceux qui régissent la juridiction auraient été violés (12). Ces deux décisions montrent que l'interprétation et, le cas échéant, l'application d'un acte réglementaire se font à la lumière de l'ensemble des principes généraux de la procédure. La soumission de l'acte administratif aux principes est acquise non par annulation de la décision irrégulière, mais par son inapplication (13).

193. — Une jurisprudence récente ne remet-elle pas en cause les données antérieures ? Le Conseil d'Etat a estimé que « sauf le cas où les *dispositions législatives ou réglementaires* ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai » (14). Une jurisprudence constante depuis l'arrêt Bansais de

(10) Le décret du 16 janvier 1946 restreignait la durée de l'instruction devant la commission supérieure des profits illicites, C.E., 4 juin 1947, Epoux X..., Rec. p. 244.

(11) C.E., 12 février 1958, Kouch, Rec. p. 196, voir *infra :* « Les droits de la défense », pp. 416 et s.

(12) C.E., 6 mars 1959, Syndicat des Grandes Pharmacies de Paris et de la région parisienne, Rec. p. 165. Dans de nombreux cas, il y a conflit entre un principe général du droit et un décret : C.E., 3 juillet 1963, Boudin, Rec. p. 415 ; C.E., 1er février 1963, Distillerie Magnac-Laval, Rec. p. 62 ; C.E., 12 novembre 1963, Ruffel, Rec. p. 567 ; C.E., 6 décembre 1963, Syndicat chrétien de l'administration pénitentière, Rec. p. 607 ; C.E., 11 janvier 1963, « Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-Mer », Rec. p. 16. Ces seuls arrêts rendus en 1963 montrent le barrage qu'édifient les principes généraux du droit face au pouvoir réglementaire.

(13) Le juge ne prononce l'annulation de l'acte irrégulier qu'au cas de recours direct intenté dans les délais réglementaires contre l'acte par la voie du recours pour excès de pouvoir.

(14) C.E. Sec. 10 juil. 1964, « Centre Médico-Pédagogique de Beaulieu », concl. Rigaud, D. 1965.J.185.

1881 (15) faisait du recours administratif préalable au principe général de procédure auquel il ne pouvait être dérogé que par voie législative. L'arrêt rapporté du « Centre Médico-Pédagogique de Beaulieu » se prête, au premier abord, à une double interprétation qui ne résiste pas à une analyse plus approfondie.

— Les principes généraux de procédure (et non pas les principes généraux du droit) à la suite d'un bouleversement des règles de la légalité n'auraient plus qu'une valeur infra-décrétale. Dans cette hypothèse, la rétrogradation de l'ensemble des règles devrait s'inscrire dans une hiérarchie nouvelle des normes.

— Le recours administratif préalable n'est pas un principe général de la procédure. La jurisprudence antérieure aurait préjugé l'importance de ce recours, ouvert sans qu'un texte particulier ne le prévoit. Le commissaire Rigaud paraît opter pour cette seconde interprétation. « Sans aller, peut-être, jusqu'à faire de l'existence d'un recours « administratif préalable *un principe général de droit* au sens tradi- « tionnellement attaché à cette notion, nous nous inclinons cependant « à la considérer comme une *règle générale* à laquelle l'autorité légis- « lative ou réglementaire ne peut apporter d'exception qu'expressi- « vement ou par une intention manifeste ».

193 *bis.* — Ces deux interprétations doivent être successivement repoussées. La valeur des principes généraux de procédure ne saurait être remise en cause et, encore moins, anéantie par une simple décision du Conseil d'Etat, contraire à une politique jurisprudentielle fermement établie. Une telle orientation supprimerait tout l'intérêt porté aux sources non écrites du droit. Même le développement d'un pouvoir réglementaire autonome, libre de toute soumission législative, ne justifierait pas un revirement si brutal. Cette première interprétation serait d'autant moins soutenable que les décrets de l'article 37 de la Constitution sont, eux, assujettis au respect des principes généraux de la procédure (16). Des actes administratifs de valeur inférieure, les décrets d'application, ne peuvent faire échec aux principes qui sont respectés par le pouvoir réglementaire autonome. Une rétrogradation d'un principe au rang de « règle générale » est également inacceptable (17). L'arrêt du Centre Médico-Pédagogique constituera, espérons-le, une décision isolée et non un recul fâcheux de l'activité créatrice du Conseil d'Etat, recul qui se traduirait par une indépendance incontrôlée des autorités administratives.

Les règles générales de procédure, parfois confondues avec les principes généraux, s'imposent-elles de la même façon aux autorités d'exécution ? Au début du XX^e^ siècle ces règles avaient une valeur législa-

(15) C.E. 13 avril 1881, Bansais, Rec. p. 432 ; C.E., 12 janvier 1917. Sur la question du recours préalable, voir *infra*, II^e^ partie, pp. 240 et s.

(16) Cf. *infra*, pp. 170 et s.

(17) Cf. *infra*, II^e^ partie, « Le principe du recours préalable », pp. 240 et s.

tive incontestée (18) et répondaient à une rigoureuse et constante formulation : l'ensemble des juridictions doit respecter « toutes les « règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée « par une disposition législative formelle ». Depuis quelques années elles ont subi une rétrogradation très nette et n'ont plus que valeur réglementaire et même infra-décrétale. Un acte réglementaire aura toujours la faculté de déroger aux règles générales de procédure. Cependant « l'autorité législative ou réglementaire ne peut apporter d'exception qu'expressément ou par intention manifeste » (19). La double réserve introduite par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Centre Médico-Pédagogique de Beaulieu, si elle est interprétée restrictivement, laissera aux règles générales de procédure une certaine autorité. Cette jurisprudence n'est pas, au surplus, contraire à la nature traditionnelle des règles générales de procédure qui ne sont que des règles supplétives. Il est logique que les règlements, à condition qu'ils respectent les principes généraux de procédure, puissent déroger de façon « expresse et manifeste », à une simple règle générale non écrite.

§ 2. — Le pouvoir réglementaire autonome et les principes généraux de procédure.

194. — Le Constituant de 1958 a « délégalisé » (20), par l'article 37, toutes les matières qui faisaient auparavant partie de la loi, et qui n'ont pas été introduites dans l'énumération de l'article 34. La nouvelle répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire soumet la procédure à un régime particulier. La loi se contente de fixer les règles concernant la procédure pénale et la création de nouveaux ordres de juridiction. Toutes les autres règles de la procédure administrative contentieuse sont matières réglementaires (A). L'exercice du pouvoir réglementaire autonome, demeure cependant subordonné aux prescriptions des principes généraux élaborés par le juge (B).

1. — Le caractère réglementaire de la procédure administrative contentieuse.

195. — La procédure n'est plus, par elle-même, matière législative. Elle ne le devient que par détermination du constituant et (accessoirement) du juge. Le premier, qui ne voulait pas rompre totalement

(18) C.E., 10 août 1918, Villes, concl. Berget, Rec. pp. 848 et s. ; C.E., 20 juin 1913, Téry, conclusions Corneille, S. 1920.3.13.

(19) C.E. Sec., 10 juillet 1964, « Centre Médico-Pédagogique de Beaulieu », précité.

(20) L'expression est de M. Waline, *in* « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, pp. 699-717 et notamment, p. 710.

avec la tradition républicaine, a prévu notamment que la loi fixe les règles concernant : « la procédure pénale..., la création de nouveaux ordres de juridiction » (art. 34, al. 1-3e) (22). Le juge n'a pas admis ce cadre constitutionnel étroit : il interprète d'abord, de façon libérale, les dispositions constitutionnelles précitées relatives à la procédure et fait ensuite appel à d'autres règles posées par le même article 34 et qui ont des répercussions sur les institutions procédurales.

196. — Dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée, « Conseil National de l'Ordre des Médecins », du 13 juillet 1962, M. Braibant montrait que si les changements procéduraux « mineurs » n'ont pas pour effet d'instituer un nouvel ordre de juridiction, la solution est différente dans d'autres hypothèses : « Lorsqu'un texte modifie à la « fois la compétence et la composition et transfère certaines attribu- « tions à des formations nouvelles, dont la structure diffère de celles « des formations qui les exerçaient antérieurement : la modification « est alors d'une importance telle qu'elle équivaut à une véritable « création » (23). L'extension donnée au premier alinéa 3e de l'article 34 demeure limitée aux réformes importantes. D'autres dispositions dudit article fournissent une jurisprudence plus fertile en rebondissement. La procédure peut devenir matière législative si elle a des incidences sur la protection des libertés publiques (24). Il appartient au « législateur seul de fixer les limites de la compétence « des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire », en vertu, estime le Conseil d'Etat, des dispositions constitutionnelles aux termes desquelles « la loi fixe les règles concernant les garanties « fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés « publiques » (25). Hormis les cas de création juridictionnelle ou de bouleversements procéduraux, la procédure administrative ressortit de

(22) Par ailleurs, le même alinéa de l'article 34 dispose que la loi fixe les règles concernant « la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Voir l'interprétation qui en a été faite par le juge dans l'arrêt, Sté Eky du 12 février 1960, conclusions Kahn, S. 1960.131, note l'Huillier, D. 1960.J.263, note Vedel, J.C.P. 1960.II, n° 11629 *bis*.

(23) M. Braibant, *in* R.D.P. 1962, p. 763. Le pouvoir réglementaire, au contraire interprète très largement les pouvoirs qui lui sont reconnus. Le gouvernement a estimé pouvoir proroger à deux reprises les mandats des membres du Conseil Supérieur de l'Education nationale (décret du 2 mars 1963, décret du 26 février 1964). Compte tenu des fonctions disciplinaires et juridictionnelles du Conseil, cette procédure paraît inconstitutionnelle dans la mesure où l'article 34 réserve au législateur l'organisation juridictionnelle, les garanties des libertés publiques et le statut des fonctionnaires. Dans ce sens, voir M. Trotabas, « Adieu au Conseil Supérieur de l'Education Nationale statuant en matière disciplinaire », *in* D. 1965, chr. pp. 25-30.

(24) C.E. Ass. Plénière, 30 mars 1962, « Association nationale de la meunerie et autres », Rec. p. 233 ; cf. également, C.E., 2 mars 1962, Pioton, Rec. p. 142 et dans une certaine mesure, C.E. Ass. Plénière, 13 juillet 1962, « Conseil National de l'ordre des médecins », précité, Rec. p. 479.

(25) « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les libertés fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34, al. 1).

la compétence du pouvoir réglementaire qui ne sera soumis qu'aux seuls principes généraux.

2. — La soumission des règlements de l'article 37 aux principes généraux de procédure.

197. — La place du pouvoir réglementaire autonome dans la hiérarchie des normes juridiques a été tracée, au profit des principes généraux (26). Avant qu'aucune difficulté contentieuse ne fût soumise au Conseil Constitutionnel ou au Conseil d'Etat, M. de Soto réclamait un contrôle de la conformité des règlements autonomes au regard de la constitution, et un contrôle de leur régularité face aux principes généraux (27).

Libre de toute allégeance vis-à-vis de la loi, le règlement autonome constitue-t-il pour autant une règle juridique originaire ? L'indépendance du pouvoir réglementaire autonome, par rapport à la loi, ne résulte que de l'absence de la loi dans les matières régies par lui et non d'une volonté d'indépendance ou de supériorité vis-à-vis d'elle (28). En outre, la sécurité juridique exigeait que l'exécutif fût soumis aux normes posées par le titulaire d'un pouvoir supérieur au sien. Le juge « censeur des décrets », selon l'expression de M. Chapus, et auteur des principes généraux, normes supérieures au décret ordinaire, pourra se servir des principes généraux pour contrôler la légalité des règlements autonomes.

198. — La situation créée par les règlements de l'article 37 n'a pas bouleversée l'ordre juridique antérieur. Il a toujours existé un pouvoir réglementaire autonome, mais il n'avait qu'une importance limitée (29). Il était déjà soumis aux principes généraux du droit (30).

C'est à l'occasion du contrôle d'un décret pris par le président du conseil, agissant en tant que législateur colonial, que le Conseil d'Etat a envisagé la soumission aux principes généraux des actes pris en vertu de l'article 37. La Haute Assemblée a accepté l'assimilation des règlements autonomes aux décrets coloniaux après que le commissaire Fournier eût déclaré que certains principes « découlent directement ou indirectement des déclarations constitutionnelles et s'imposent ainsi à l'autorité réglementaire » (31). Depuis l'entrée en vigueur de

(26) M. Morange, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, chr. 13-16. M. de Soto, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P. 1959, pp. 240-296 et M. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, chr. pp. 119-126, surtout pp. 123-124.

(27) De Soto, *loc. cit.*, p. 296.

(28) Cf. *infra.*

(29) C.E., 8 août 1919, Labonne, Rec. p. 237.

(30) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, note Hauriou, S. 1922.3.49.

(31) Dans ses conclusions sous C.E., 26 juin 1959, « Syndicat général des Ingénieurs Conseils », M. Fournier montre les rapports de droit, et non l'identité

la Constitution de 1958, un certain nombre de règlements autonomes ont été écartés en vertu des principes généraux du droit (32) sur la base de la jurisprudence « Syndicat des Ingénieurs Conseils ». L'emprise des principes est si générale et si profonde que les mesures prises en application de l'article 16, dès lorsqu'elles rentrent dans le domaine réglementaire, sont soumises aux mêmes obligations (33).

Le Conseil d'Etat n'a cependant pas eu l'occasion de trancher un conflit entre un principe de procédure et un règlement de l'article 37. La solution ne saurait différer puisque les ordonnances s'inclinent aussi bien devant les principes de droit que ceux de procédure.

§ 3. — Les ordonnances et les principes généraux de procédure.

199. — La Constitution du 4 octobre 1958 régularise la pratique ancienne des délégations de compétence du législateur en faveur du pouvoir exécutif, selon une procédure normale et deux procédures exceptionnelles.

L'article 38 de la Constitution fixe la procédure de droit commun : « le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». L'autorité exécutive a bénéficié, exceptionnellement, en 1958 et 1962, d'habilitations, spéciales et limitées, dans deux autres circons-

de nature, qui existent entre décrets coloniaux et décrets de l'article 37, *in* R.D.P., 1959, p. 1010.

Les actes du législateur colonial entraient souvent en conflit avec les principes généraux du droit. Ces conflits ont fortement contribué au développement des principes. Dans ses conclusions sur l'arrêt « Etablissement Vézia », le commissaire Latournerie invoque les « règles non écrites assimilables à la loi » (C.E., 20 décembre 1935. Conclusions, *in* R.D.P. 1936, p. 118, note Jèze). Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs a été posé par un arrêt du 27 mai 1932, Chauffrein, Rec. p. 514 ; les règles relatives à la récusation et au double degré de juridiction résultent avant tout de l'arrêt Vernon, concl. Chenot, note Jèze, R.D.P. 1944, p. 171. Les principes d'égalité se sont développés à la suite de la jurisprudence Guieyesse, conclusions Chenot, note Jèze, R.D.P. 1944, p. 148. (Cf. l'énumération exhaustive dressée par M. Luchaire, *in* « L'application de la loi outre-mer », Juris-classeur civil, art. 3, fasc. n°s 53-57). Le dépérissement des pouvoirs du législateur colonial qui résulte de la disparition presque totale des territoires coloniaux et les dispositions constitutionnelles nouvelles (art. 73 et s.) ont tari la source que représentaient les décrets coloniaux pour les principes généraux du droit. Leur soumission absolue aux règles non écrites a contribué à renforcer le principe de la légalité.

(32) C.E., 29 octobre 1960, de Laboulaye, Rec. p. 570 ; C.E., 19 octobre 1963 « Syndicat des médecins électrocardiologistes des Hôpitaux de Paris », Rec. p. 492.

(33) C.E. Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, conclusions Henry, R.D.P. 1962, p. 298 ; note Morange, D. 1962, chr. p. 109. Cf. également M. de Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », 1963, n°s 115 et 418. L'arrêt d'Oriano du 23 octobre 1964 (Rev. Adm. p. 612) rappelle que les règles de la communication du dossier devaient être maintenues dès lors que les circonstances le permettaient.

tances. Elle a pu, en premier lieu, intervenir par voie d'ordonnances, sur la base de l'article 92 de la Constitution, cela, pendant une période transitoire. En second lieu, le Président de la République a disposé en 1962, de pouvoirs identiques en vertu d'une habilitation législative adoptée par voie de référendum. A l'exception des ordonnances de l'article 92, relatives à la « mise en place des institutions » (34), les actes pris sur l'habilitation parlementaire ou populaire ont tous le caractère d'actes administratifs et sont soumis de ce seul fait, et en vertu des principes généraux, aux règles de la légalité.

200. — En application des règles posées par le principe du recours pour excès de pouvoir (35), les ordonnances font, non seulement l'objet d'un contrôle de légalité externe (36), mais rompent définitivement avec l'immunité de fait qui caractérisait le régime antérieur des décrets-lois (37). Les ordonnances encourent une annulation sur la base de la « violation de la loi » lorsqu'elles portent atteinte aux principes généraux de procédure. Cette solution a été acquise à l'occasion de la création d'une Cour militaire de justice. L'article 2 de la loi du 13 avril 1962, adoptée par référendum populaire, autorisait le Président de la République à arrêter, par voie d'ordonnance, toutes mesures législatives ou réglementaires « relatives au cessez-« le-feu en Algérie et à l'application des accords d'Evian ». Une ordonnance, du 1er juin de la même année, institue une Cour militaire de justice chargée de juger les auteurs et complices de certaines infrac-

(34) L'article 92 excluait explicitement le recours pour excès de pouvoir : « Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, un fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat par ordonnances ayant force de loi ».

(35) Cf. *infra*, IIe partie, pp. 18 et s., et C.E., 17 février 1950, dame Lamotte, Rec. p. 110. Voir réf. *supra*, p. 76.

(36) C.E., 3 novembre 1961, Damiani, A.J.D.A., 1962, C.E., 24 novembre 1961, Fédération Nationale des Syndicats de Police, note Fromont, D. 1962.424 ; note J.M. A.J.D.A., 1962, p. 114. Sur l'ensemble de la question, cf. MM. Liet-Veaux et Georgel, « Recours pour excès de pouvoir », Juris-classeur, Fasc. 652, nos 15-240.

(37) La nature hybride de ces actes pris sur habilitation législative avait donné naissance à une jurisprudence négative. M. Jeanneau (*op. cit.*, p. 168) constate que jamais un décret-loi n'a été annulé pour contrevenir à un principe général. Tout au plus, le juge se contentait-il de vérifier si la loi d'habilitation n'avait pas été transgressée, puis d'envisager la compatibilité de l'acte avec le principe. Les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie (décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926 ; décret-loi du 9 septembre 1939) ne furent, aux yeux du Conseil, jamais constitutives d'une violation du principe à l'encontre duquel elles étaient établies. Cette solution procédait, en réalité, d'une grande réserve, sinon d'une réticence véritable, du juge, d'annuler des actes, pris sur habilitation législative. L'origine parlementaire de la compétence de l'exécutif conférait une supériorité de fait aux décrets-lois sur les principes généraux. Il convient, en outre, de remarquer que les Ordonnances du Comité Français de libération nationale (C.F.L.N.) et du Gouvernement Provisoire de la République ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours sans pour autant que le principe de la légalité en souffrît. Elles furent considérées comme étant des actes législatifs : C.E., 22 février 1946, Botton, Rec. p. 58 ; C.E., 13 novembre 1946, Vincent, Rec. p. 269.

tions commises en relation avec les événements d'Algérie. Son article 10, déféré au Conseil d'Etat pour annulation, par Canal, disposait : « *Aucun recours* ne peut être reçu contre une décision quelcon- « que de la Cour militaire de justice, de son président ou de son « ministère public ». Le recours en cassation, prévu non seulement par de nombreux textes, mais également par le principe général de l'arrêt d'Aillières (38), était mis en échec par un acte administratif. Mais le principe de procédure va ressurgir avec éclat dans l'arrêt Canal (39) qui a suscité des polémiques nombreuses émanées des milieux juridiques et politiques. C'est précisément, l'atteinte *grave* que l'ordonnance attaquée « apporte aux principes généraux du droit « pénal en ce qui concerne, notamment, la procédure qui y est prévue « et l'exclusion de toute voie de recours » qui a motivé l'annulation de la Cour de justice. Au surplus, aucune juridiction ne « pouvait légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense », autre principe général de procédure (40), que dans une mesure *indispensable* au maintien de l'ordre en Algérie entre le cessez-le-feu et l'indépendance.

201. — La soumission des ordonnances à l'ensemble des principes généraux est absolue. L'arrêt Canal appelle certaines remarques quant à la nature des principes qui y sont invoqués et les limitations que peuvent subir les principes généraux de procédure.

En créant une juridiction répressive, le chef de l'Etat devait respecter « les droits et garanties essentielles de la défense » et les « principes généraux de droit pénal » relatifs au recours en cassation. Le Conseil d'Etat ne situe-t-il pas ainsi sa décision hors du champ d'application des principes généraux de la procédure administrative contentieuse ? Il n'en est rien, car les deux principes invoqués par le juge sont communs aux deux ordres de juridictions. Recours en cassation et droits de la défense existent dans l'ensemble des contentieux et ne subissent dans chacun d'entre eux que des adaptations impliquées par la nature et l'étendue des droits en présence. Leur valeur juridique et leur place dans la légalité ne sauraient varier en fonction des branches du droit dans lesquelles ils se développent. La portée de l'arrêt Canal n'est donc pas modifiée par l'appel à un principe de procédure pénale (41).

(38) Cf. *infra*, II[e] partie, pp. 188 et s., et *supra*, p. 102, C.E., 7 février 1947, Rec. p. 40.

(39) Le Conseil d'Etat a insisté sur « l'importance et la gravité des atteintes » aux règles non écrites. C.E. Ass., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, Rec., p. 553, note de Laubadère, A.J.D.A. 1962, pp. 612-616 ; note M. Debbasch, J.C.P. 1963.II.13068 ; et M. Liet-Veaux, « Tribunaux d'exception et contrôle juridictionnel », Rev. adm. 1962, p. 663 et M. Rivero, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la tradition française », *in* journal, *Le Monde*, 31 octobre 1963.

(40) Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du respect des droits de la défense », pp. 389 et s.

(41) Voir *infra*, pp. 194 et s.

Les principes généraux peuvent souffrir des restrictions imposées par des éléments qui ne sont pas purement juridiques. Les circonstances de temps et de lieu commandent une application plus ou moins stricte des principes. Il existe donc une interférence entre les éléments juridiques et politiques. Le droit recule devant les nécessités politiques. Le maintien de l'ordre a entraîné, à plusieurs reprises, un effacement de règles essentielles telles que les droits de la défense. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Canal, admet implicitement qu'en raison des circonstances troublées de 1962, les droits de la défense auraient pu être aménagés, sinon réduits (42).

On peut déduire de cette jurisprudence que les droits des citoyens doivent s'estomper devant un ordre public supérieur. Ce n'est d'ailleurs qu'une extension, ou une application à une hypothèse particulière, des règles relatives à l'ordre public général en vertu desquelles l'exercice d'une liberté peut, exceptionnellement, être restreint. On peut transposer, dans ce domaine particulier, la formule de l'arrêt Benjamin (43) et la paraphraser. Comme pour l'ensemble des droits, liberté et le droit protégé par les principes généraux constitue la règle, la restriction, l'exception. S'il incombe aux autorités législatives et réglementaires de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, elles doivent concilier l'exercice de leurs pouvoirs avec le respect des principes généraux de procédure.

L'obligation de compatibilité des principes généraux avec les nécessités de l'ordre public, n'altère en rien leur valeur. Ils s'imposent à toutes les autorités administratives. Dès lors qu'un acte reçoit la qualité d'acte administratif unilatéral, il doit respecter les prescriptions contenues dans les principes généraux. Ils façonnent ainsi l'ensemble de l'œuvre des autorités administratives et contribuent à la maintenir dans le respect de la légalité (44).

(42) Les principes généraux du droit sont soumis à un régime comparable. Des décrets ont pu légalement porter atteinte, à la liberté d'aller et venir. Le Conseil d'Etat a également admis qu'un simple décret limitât le droit de grève. Un exercice « abusif » de la grève aurait compromis l'intérêt supérieur de l'Etat. Le Conseil d'Etat reprend dans une formule non équivoque ce que peut être la limitation des principes généraux : « La reconnaissance du droit de grève ne saurait exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en *éviter un usage abusif* et contraire aux nécessités de l'ordre public » (C.E. Ass., 23 octobre 1964, Fédération des Syndicats Chrétiens de Cheminots », Rev. Adm. 1964, p. 613).

Le législateur cherche également à concilier les règles de légalité incarnées par les principes généraux et les nécessités politiques. En donnant le jour à la Cour de Sûreté de l'Etat dont certaines décisions sont rendues sans recours, il a fait prédominer le second élément sur le premier. Les conflits entre plusieurs principes généraux du droit sont résolus de façon identique (C.E. Sec., 20 novembre 1964, ville de Nanterre, note Liet-Veaux, Rev. Adm. 1965, p. 31 : Une mesure contraire aux principes de la liberté du commerce et de l'industrie « répondait à un intérêt public local »).

(43) C.E., 19 mai 1933, conclusions Michel, note Mestre, S. 1934.3.1.

(44) C.E., 23 octobre 1964 d'Oriano, Rev. Adm., p. 612.

Section II

LES CONFLITS ENTRE LA LOI ET LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

202. — Il n'existerait aucune difficulté si les principes généraux n'étaient que de simples règles supplétives. On conviendrait alors avec le juriste belge Ganshof Van der Meersch « qu'ils ne vont pas à l'encontre de la loi et (que) le législateur peut toujours intervenir pour régler la matière. Il ne s'agit pas d'usurper le pouvoir législatif. Le juge reste soumis à la loi » (45). Mais fréquents sont les cas où les principes de procédure sont invoqués dans des matières où une loi a vocation à s'appliquer. L'étude des rapports entre les principes de procédure et la loi est compliquée, sinon faussée, par l'existence de plans multiples sur lesquels se placent la doctrine et le juge.

— Les tribunaux sont les premiers serviteurs de la loi écrite dont ils acceptent la primauté (46), mais ils admettent à côté d'elle des principes non écrits, qu'ils ont dégagés eux-mêmes. Le dilemme est d'autant plus grand que les principes élaborés par le juge ont une valeur au moins égale à la loi et entrent parfois en conflit ouvert avec elle.

— De son côté, la doctrine enregistre avec satisfaction le rôle créateur du juge et n'hésite pas à conférer aux règles non écrites une valeur égale et même supérieure à la loi écrite.

Ces différentes positions reposent sur des données variées et apparemment contradictoires qu'il convient d'envisager successivement : la primauté de la loi écrite qui n'exclut pas une pluralité législative à l'intérieur de laquelle il est possible de déceler l'insertion des principes généraux de procédure.

§ 1. — La primauté théorique de la loi écrite sur les autres sources du droit.

203. — La primauté de la loi écrite résulte de principes traditionnels du droit français et entraîne, comme corollaire, la soumission totale à la loi des sources non écrites du droit et du juge.

A. — Le principe de la primauté de la loi écrite.

204. — La loi est une règle générale et écrite, créée à la suite d'une « procédure faisant intervenir des représentants de la nation

(45) W. J. Ganshof Van der Meersch, *loc. cit.*, Mélanges J. Dabin, p. 593.

(46) En vertu du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 5 du Code civil.

« et qui déclare obligatoire des rapports sociaux découlant de la « nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté ». Les différents éléments formels, matériels et finalistes que donne Hauriou (47) à la loi, reflètent son caractère prééminent et omnipotent depuis 1789, hormis les périodes assez nombreuses de césarisme.

Le principe de la primauté de la loi écrite emporte plusieurs conséquences immédiates. Tout acte juridique (à l'exception du règlement autonome de l'art. 37 de la Constitution) part de la loi écrite et remonte à elle en sorte que les actes de toutes les autorités administratives sont soumis au respect de la loi (et, le cas échéant, de la Constitution), placée au sommet de la hiérarchie des actes juridiques (48). Le Parlement, représentant unique de la volonté générale, dispose d'une compétence sans partage qui fait de lui l'auteur exclusif de la loi, seule « expression de la volonté générale ». La logique du système français exclut donc toute création de norme dont la valeur serait égale ou supérieure à la loi par un autre organe que le Parlement. Les tribunaux des deux ordres se voient interdire toute œuvre créatrice générale et sont relégués à un rôle d'application des lois.

B. — Le corollaire du principe : le role d'application des tribunaux.

205. — Du principe de la primauté de la loi écrite, il résulte pour le juge une impossibilité théorique, assortie de sanctions appropriées, d'intervenir en créant des normes générales (49). La loi du 16-24 août 1790 applique dans toute sa plénitude la maxime ancienne : *ejus est interpretari legem cujus est condere* (50). Le rédacteur du

(47) Précis de Droit Administratif, éd. citée, p. 56.

(48) Cette position n'empêchait pas le législateur de reconnaître un pouvoir réglementaire autonome de plus en plus étendu et de concéder, temporairement, à l'exécutif une fraction chaque fois plus large, de ses prérogatives (cf. *supra*, p. 124). La pratique des décrets-lois a trouvé, à la fois, un point culminant et un coup d'arrêt dans l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953. (Et. et Doc. du Conseil d'Etat, 1953, p. 15). En effet, aux termes de cet avis, il existe des matières qui par nature et en vertu de la tradition républicaine sont exclusives de toute habilitation. L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui permet au gouvernement pour l'exécution de son programme d'intervenir par voie d'ordonnance dans le domaine législatif, ne semble plus poser de limites identiques.

(49) Dans une vision prémonitoire, Montesquieu marque la suprématie de la loi au regard des jugements qui l'appliquent : « Plus le gouvernement approche de la République, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie. » *Esprit des lois* L. VI, Ch. III. Les juges sont comparables à « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur » (L. XI, Ch. III).

(50) On assiste même à partir de la Révolution à une déformation de la maxime puisqu'elle ne s'appliquait qu'aux ordonnances royales qui faisaient l'objet d'une interprétation doctrinale hardie de la part des tribunaux judiciaires. Cf. Gény, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », L.G.D.J., 1954, pp. 77 et s.

Code civil ne dément pas le législateur révolutionnaire et défend « aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises » (art. 5). Les arrêtés de règlement ont vécu (51). Les tribunaux doivent se borner à appliquer la loi dans ses dispositions « claires et précises » sans pouvoir l'interpréter. La marge d'indécision qui résultait de cette qualification subtile de la loi a conduit le juge à déborder le cadre étroit qui lui était offert et à utiliser les failles que laissait apparaître le monument législatif pour y insérer des règles de portée générale comparables aux arrêts de règlements.

§ 2. — Remarques sur la pluralité législative.

206. — Un rappel de la variété des actes législatifs est nécessaire si l'on veut comprendre la place qu'occupent les principes généraux de procédure parmi eux. La volonté générale et son expression par la loi écrite ne sauraient être atomisées et donner naissance à des règles de valeur juridique très diverse. Cependant, le monolithisme législatif est entamé par l'existence de lois de types variés qui bénéficient d'applications diverses. Ni dans leur nature, ni dans leur régime, les différents actes législatifs n'ont la même valeur ou la même portée. Il existe une certaine diversité des textes législatifs qui sont, en outre, soumis à une grande variété de régimes.

1) Les textes législatifs n'ont pas tous une valeur identique. Certains d'entre eux, par leur nature même, ont une valeur supérieure à la loi ordinaire : il s'agit des lois organiques (52), des lois d'ordre public (53) et des lois interprétatives (54).

(51) Les tribunaux judiciaires ont obéi sans réserve à cet impératif. De 1897 à 1955, la Cour de cassation n'a connu que six arrêts qui lui étaient déférés sur la base de l'article 5 du Code civil. Ils ont tendance à réapparaître dans la jurisprudence des tribunaux inférieurs, mais ont pour cause la standardisation des rapports de droit. Cf. Mme Sinay, « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, Ch. pp. 85-88.

(52) La Constitution de 1958 a prévu pour les lois, dites organiques, une procédure spéciale d'élaboration et de vote plus solennelle que celle des lois ordinaires. Il en résulte, constate M. Duverger, que « les lois ordinaires doivent se conformer aux règles posées par les lois organiques (*in* « Institutions publiques et droit constitutionnel », 1964, p. 599). L'élaboration des lois organiques diffère sur trois points de celle des lois ordinaires (art. 46 de la Constitution : le projet ou la proposition n'est soumis à la délibération et au vote de la première assemblée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion de 15 jours après son dépôt. En cas de désaccord entre les deux chambres, l'Assemblée ne pourra adopter définitivement le texte en dernière lecture qu'à la majorité absolue des voix. Enfin la loi organique ne peut être promulguée qu'après contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel. Leur mode d'élaboration entraîne des répercussions sur la valeur reconnue à la loi organique.

(53) Les lois d'ordre public sont votées dans les conditions de la loi ordinaire. Elles s'imposent avec une particulière autorité aux organes d'application et l'emportent sur la loi ordinaire. Leur qualification est, soit l'œuvre du législateur, soit la conséquence de la matière traitée par la loi. C'est ainsi que les règles édictant

2) Contraint de juger sous peine de déni de justice (55) toutes les affaires qui lui sont soumises, le juge a, en outre, établi des distinctions entre loi claire et loi obscure (56), entre texte général et texte spécial (57). Selon le qualificatif qui lui sera donné, une loi sera

une nouvelle formalité procédurale ou modifiant les compétences juridictionnelles sont immédiatement applicables. Cependant la nouvelle règle de compétence n'est pas imposée aux affaires en cours. M. P. BERNARD, « La notion d'ordre public en droit administratif », Thèse Montpellier, L.G.D.J. 1962, pp. 211 et s.

(54) Les lois interprétatives bénéficient également d'une autorité supérieure à celle de la loi ordinaire. Par la loi interprétative, le législateur assigne un sens déterminé à la loi obscure. Cf. RIPERT et BOULANGER, « Traité de droit civil », L.G.D.J., 1956, n^{os} 211 à 216. Nous verrons que le juge est parfois mis dans l'obligation de se substituer au législateur. L'existence des lois interprétatives a soulevé des critiques. (DUGUIT, « Traité de Droit Constitutionnel, 2^{e} éd. 1923.II, pp. 222 et s.). Tout en constatant que la loi nouvelle s'intègre à l'ancienne, l'auteur s'élève contre certaines lois interprétatives. A propos de l'une d'entre elles, mettant en échec les principes de non-rétroactivité il écrit : « Je ne connais pas dans nos lois une autre disposition qui viole aussi complètement un principe supérieur aussi unanimement admis par les peuples civilisés » (p. 228).

(55) L'article 4 du Code civil rend coupable de déni de justice le juge ayant refusé de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

(56) Sur les méthodes d'interprétation, cf. M. PATRAS, « L'interprétation en droit public interne », Thèse, Paris, Dalloz, 1957, pp. 87 et s., et M. ODENT, « Contentieux administratif », I.E.P. 1962, pp. 190-198 et M. Quermonne, Encyclopédie Dt. Adm. v. loi n^{os} 72-77. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir lorsque le texte est clair. Un texte est clair lorsqu'il ne pose aucun problème d'ordre grammatical et ne contient aucune disposition contradictoire par rapport à d'autres dispositions de même valeur juridique, maintenues en vigueur ou contenues dans le texte. La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sont identiques sur ce point et s'opposent à toute exégèse des textes clairs : C.E. Ass., 23 juillet 1948, Sté des produits industriels et chimiques du Sud-Est et autres », Rec. p. 351, Cass. Civ., 15 mars 1955, Compagnie d'Assurances, « Le Continent », Gaz. Pal., 1955. 1304 ; cf. également QUERMONNE, *op. cit.*, n° 77.

Malgré l'interdiction qui lui en est faite, le juge se livre à l'exégèse de textes clairs : voir l'interprétation « libérale » à laquelle a donné lieu la loi du 16 novembre 1940 sur les mutations des biens immobiliers. C.E. Ass., 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, Rec. p. 182. C.E. Ass., 28 juillet 1944, dame Constatin : « Le législateur a entendu éviter les spéculations portant sur ces biens ou leur accaparement », Rec. p. 220, note Morange, D. 1945.J.163.

Un texte est réputé obscur s'il est par lui-même ambigu ou peu clair ou s'il contient des dispositions inconciliables avec un autre texte législatif de même valeur et en vigueur. Voir CAPITANT, « L'interprétation de la loi d'après les travaux préparatoires », D. 1935, Ch. p. 77.

(57) Un certain nombre de textes ont, par leur domaine d'intervention, un caractère spécial et même exceptionnel. Les lois pénales, les règles de compétence ou de procédure doivent être soumises à une interprétation étroite, mais l'emportent, en leurs dispositions dérogatoires, sur les lois générales. En matière pénale et administrative, la jurisprudence a corrigé ce qu'avait de trop rigoureux l'interprétation restrictive. Le juge pénal interprète largement les lois pénales favorables à l'individu (irresponsabilité, garantie des inculpés) et étend par analogie l'application de la législation existante à des hypothèses nouvelles (soustraction d'énergie électrique assimilée au vol). MM. BOUZAT et PINATEL, « Traité de Droit pénal et de criminologie », Dalloz, 1963.II, pp. 93-98. En droit civil et administratif, la loi spéciale est appliquée en tous les points pour lesquels elle déroge à une loi générale. La préférence qui lui est donnée restreint le champ d'application de la loi générale.

applicable ou non, et, en fait, aura une valeur supérieure ou inférieure à un autre acte législatif ou à un principe général.

Malgré l'unité formelle et l'immunité juridictionnelle de l'acte législatif (58), il existe une grande variété législative. Les lois ordinaires se soumettent les unes aux autres avec une fluidité accrue par l'œuvre d'interprétation du juge.

Cet aperçu de la diversité législative permet d'expliquer les solutions données aux conflits qui opposent la loi formelle à une certaine loi matérielle, le principe général de procédure. La pluralité législative fait comprendre également la variété des opinions des auteurs sur la valeur des principes. Elle résout enfin, et surtout, le problème de l'insertion des principes généraux de procédure dans la règle législative.

§ 3. — L'insertion des principes généraux de la procédure dans la diversité législative.

207. — La supériorité — théorique — de la loi écrite sur les autres sources du droit ne s'oppose pas à la reconnaissance d'une valeur législative aux principes généraux de la procédure. L'existence de deux normes élaborées différemment (loi et principe) et dotées d'une valeur comparable, ou même semblable, ne compromet, ni ne paralyse l'action de l'une d'entre elles. Les principes généraux se sont insérés dans la diversité législative envisagée.

Le conflit qui peut surgir entre la loi et le principe sera résolu à l'avantage de la règle la plus générale et la plus protectrice de l'état de droit.

A. — L'égalité du principe général de procédure et de la loi.

208. — La pensée juridique contemporaine se rallie, dans sa majorité, au caractère législatif des principes généraux de la procédure. Cet accord n'empêche pas les divergences d'apparaître rapide-

(58) « Les lois ne peuvent être l'objet devant aucune juridiction d'aucune contestation de nature à infirmer leur autorité », écrivait Laferrière (« La juridiction administrative », II[e] éd., T. 2, p. 5) ; l'auteur ajoutait : « Tout recours en annulation de l'acte législatif est impossible, par voie d'action ou d'exception » (*ibid.*). Cette opinion fut confirmée par une jurisprudence constante. Voir C.E., 6 novembre 1936, Arrighi (concl. Latournerie, note Mestre, S. 1937.III.33) : Le moyen tiré de ce qu'un texte législatif serait contraire à la Constitution « ne peut être utilement invoqué devant la juridiction contentieuse » ; voir aussi C.E., 18 août 1951, Elections de Nolay, Rec. p. 189. La Cour de cassation a également fourni une jurisprudence abondante et identique. Nous ne citerons que Cass. Crim., 17 juillet 1947, J.C.P., 47. L'interdiction est assortie d'une compensation pour le justiciable. La responsabilité de l'Etat du fait des lois peut être engagée. Cf. Chaumont, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat dans sa fonction législative », R.D.P. 1940-1941, pp. 200 et s.

ment, car la valeur législative accordée aux principes n'est, pour beaucoup d'auteurs, qu'un point de départ qu'il convient de préciser ensuite. L'on passe alors d'une valeur « infra-législative » pour parvenir à une valeur « supra-législative », selon que les principes entrent ou non en opposition avec des actes législatifs. M. Rivero traduit cette façon de penser lorsqu'il écrit : « l'autorité des principes apparaît « dans la jurisprudence, tantôt égale à celle de la loi, tantôt supé- « rieure, tantôt inférieure » (59). Mais pris, *in abstracto*, et en dehors de tout conflit avec la loi, le principe général bénéficie de la « force législative » (60) et se situe « au niveau de la loi ordinaire » (61). En d'autres termes, et selon M. Letourneur, il a la « *valeur d'une règle positive, d'une loi écrite* » (62).

209. — A l'exception de M. Chapus (63), les auteurs ont, avant tout, retenu les règles juridiques existantes pour conférer aux principes une valeur quelconque. Ils ne sont pas sortis du cadre préétabli pour donner à une norme, nouvelle par sa nature et son élaboration, une valeur qui lui serait propre. Le légalisme de notre droit, trop étroitement entendu, réduisait à l'impuissance toute autre attitude. Le principe français de la légalité donne à la loi une primauté incontestée et au droit écrit une supériorité indiscutable. Ainsi la valeur d'une règle juridique provient plus de la qualité de son auteur que de son contenu.

(59) M. Rivero, *loc. cit.*, D. 1951, p. 21 et Revista, « De administracion publica », septembre 1951, cité par M. Jeanneau, *op. cit.* ; p. 169. Finalement, M. Rivero s'est rallié à la conception législative, v. *infra*, p. 148. M. O. Dupeyroux soutient un point de vue assez proche. Il écrit d'abord : « Les principes généraux n'ont pas force législative, en ce sens qu'ils ne peuvent déroger à la volonté expressément manifestée par le législateur. » Mais il ajoute, un peu plus loin que, très exceptionnellement le Conseil d'Etat « impose le respect d'un principe général au mépris d'une disposition législative », *in* « la règle de la non-rétroactivité », Thèse, L.G.D.J. 1954, pp. 62-63. Les principes généraux paraissent avoir, pour M. Dupeyroux, une valeur qui varie selon la règle avec laquelle ils se trouvent en rapport (loi ou règlement).

(60) M. Chenot, conclusions sur Guiyesse, R.D.P. 1954, p. 166.

(61) M. Letourneur, *loc. cit.* Et. et Doc. 1951, p. 24.

(62) *Ibid.*, p. 24.

(63) Pour M. Chapus, les principes généraux du droit (et de la procédure) se situent à un niveau à la fois « infra-législatif et supra-décrétal ». L'auteur se place non plus au plan de la hiérarchie classique des normes mais tient compte essentiellement de la qualité de l'auteur de l'acte. Le juge en tant que « serviteur de la loi et censeur de décrets « édicte des normes dont il se servira pour interpréter d'autres normes ou pour en apprécier la validité ». Dès lors les normes élaborées par le juge « se situent au niveau que son rang leur assigne », c'est-à-dire qu'elles sont supérieures à l'acte administratif mais soumises à la loi. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, chr. pp. 119 et s., et notamment p. 124.

On peut s'étonner qu'une telle importance soit donnée au juge face au Président de la République ou du Premier ministre. Il est certain que dans sa fonction exécutive le titulaire du pouvoir réglementaire reste soumis au contrôle du juge. Mais le critère de l'auteur de l'acte n'explique ni comment ni pourquoi l'acte élaboré par le juge est supérieur à l'acte élaboré par le titulaire du pouvoir réglementaire.

Prisonnier des règles qu'il doit appliquer ou interpréter, le Conseil d'Etat ne pouvait normalement élaborer une véritable règle législative ou, *a fortiori*, une règle qui aurait bénéficié d'une supériorité par rapport à elle. Les limites apportées par le législateur au pouvoir normatif du juge (art. 4 et 5 du Code civil) l'empêchait d'élaborer une norme rivale de la loi (64). Tout au plus lui était-il permis de constater l'existence ou d'élaborer une règle comparable, voire même assimilable à la loi écrite. C'est dans cette optique qu'il faut entendre la remarque faite par M. P.L. Josse : « Extraits de l'ensemble des prescriptions législatives ou de données équivalentes, les principes généraux participent donc à leur nature » (65). Cette analyse présente le double intérêt de rendre compte de l'élaboration réelle des principes et d'éviter tout conflit juridiquement insurmontable entre la valeur des principes généraux et celle de la loi. L'assimilation de la valeur des uns à celle de l'autre confère aux principes généraux la souplesse et la fluidité reconnue à la loi et permet leur insertion dans le droit positif (66).

Accorder une valeur infra-législative aux principes généraux de la procédure contredirait à la fois leur nature et les données jurisprudentielles. M. Chapus (67), en partant du critère formel de l'auteur de l'acte, dénie tout caractère législatif aux principes. Il s'en tient ainsi aux principes théoriques de la souveraineté législative et parlementaire, mais sous-estime la volonté créatrice des tribunaux et le caractère normatif de leurs décisions. De la même façon que ce sont les tribunaux, plus que le législateur, qui ont introduit les multiples régimes législatifs envisagés dans le paragraphe précédent, de la même façon ils ont créé des normes de valeur législative sans que le législateur n'ait pu réfréner leurs tentatives (68). M. Chapus s'attache exclusivement à certaines données jurisprudentielles apparentes et partielles tirées d'une interprétation trop orthodoxe de la jurisprudence

(64) Nous raisonnons dans le cadre d'une conception formelle de la loi : le Parlement est l'auteur exclusif de la loi. Cf. M. Cotteret, « Le pouvoir législatif en France », *op. cit.*, pp. 24 et s. Sur le pouvoir d'interprétation des textes législatifs par le juge, cf. *supra*, p. 130.

(65) Par « données équivalentes » l'auteur entend la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et les préambules constitutionnels. Cf. P. L. Josse, « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », *in* « Le Conseil d'Etat, livre jubilaire », pp. 160, 175 et surtout p. 167.

(66) Dans certains de ses écrits, M. Odent attribue aux principes généraux de procédure une « valeur inférieure à celle de la loi qui peut toujours y déroger », *op. cit.*, p. 926. L'assimilation de la valeur des principes généraux de procédure à celle de la loi n'emporte pas l'assimilation du principe à la loi ; cf. *infra*, p. , ch. 3, sec. I.

(67) Cf. note (63).

(68) M. Lesage, « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », L.G.D.J. 1960, pp. 69-70 et O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive du droit », *in* Mélanges offerts à J. Maury, lib. Dalloz, 1960, T. 2, pp. 349-377.

d'Aillières et Lamotte (69). Il est exact que dans ces arrêts, le Conseil d'Etat a rappelé que la loi pouvait paralyser les principes généraux. Mais il est également exact que la Haute Assemblée a précisé, que le législateur ne pouvait le faire qu'à la condition que sa volonté fût clairement exprimé et, qu'en réalité, il n'avait pas entendu supprimer la voie des recours pour excès de pouvoir et en cassation dans les espèces considérées. Or, une analyse poussée des textes incriminés ne relève-t-elle pas que la volonté du législateur était nette et expresse ? Il soustrayait à « tout recours » juridictionnel les décisions du jury d'honneur et du bureau de dépouillement de la Cour de cassation. Pour ne pas entrer en conflit direct avec le législateur, le Conseil d'Etat lui a reproché de ne pas avoir « clairement manifesté » sa volonté.

Que signifie cette argumentation du Conseil d'Etat ? Qu'il existe des cas dans lesquels l'acte législatif l'emporte sur le principe général de procédure, mais que dans d'autres circonstances, la situation inverse se produit. De cette alternative, il paraît logique de déduire que les principes généraux de procédure ont une valeur comparable à la règle en face de laquelle, tour à tour, ils s'inclinent et ils l'emportent. Force est de convenir, d'une part, que la Haute Juridiction a recouru à une argumentation discutable pour ne pas heurter le législateur mais que, d'autre part, ce faisant, elle accordait aux principes généraux de procédure un véritable caractère législatif. La loi et les principes généraux sont confrontés directement et mis sur un pied d'égalité, par le juge administratif.

210. — A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat a dépassé le stade de la prudence que l'on pouvait lui reprocher en 1947 et en 1950 et n'hésite plus à consacrer formellement le caractère législatif des principes généraux. Pour s'en convaincre, on peut puiser un exemple dans les principes généraux du droit, ceux de la procédure n'ayant pas donné naissance à des discussions de ce genre devant le Conseil d'Etat depuis l'année 1950. En 1958, l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat a mis un terme aux divisions doctrinales par un arrêt « Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges de l'Algérie » (70). Elle a, en effet, *assimilé* les principes généraux à la loi et leur a conféré valeur législative à part entière. La loi du 16 mars 1956 autorisait le gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique et à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre sur ce territoire. Les décrets pris par le gouvernement à cet effet pouvaient « modifier ou abroger les *dispositions « législatives existantes »* (art. 2). Le Conseil d'Etat n'a pas entendu limitativement l'article 2, mais a, au contraire, estimé qu'il autorisait « le gouvernement à déroger tant à *des dispositions de lois expresses qu'à des principes généraux* ». La juxtaposition des deux

(69) V. références pp. 76-77.
(70) C.E. Assemblée Plénière, 7 février 1958, Rec. p. 74.

règles traduit parfaitement l'assimilation faite des principes généraux du droit et de la procédure à la loi écrite (71). Cette assimilation a pour effet de mettre un terme à la notion restrictive d'acte législatif. La loi devient une règle à la fois écrite et non écrite. La confusion des deux règles est si totale que le Conseil d'Etat consacre expressément la valeur identique des principes et des lois. Cette affirmation n'est pas à l'abri de toute contestation.

L'arrêt « Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges de l'Algérie » pourrait se prêter à une autre interprétation. Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas, au contraire, donné une valeur infralégislative aux principes ? En effet, l'article 2 de la loi du 16 mars 1956 autorisait le gouvernement à modifier les dispositions législatives existantes. N'avait-il pas, *a fortiori*, la faculté de porter atteinte à des Principes dont la valeur serait moindre ? Mais cette argumentation est réfutée par les termes de l'arrêt lui-même : Après avoir affirmé que « le gouvernement pouvait déroger tant à des dispositions législa- « tives qu'à des principes généraux du droit », le Conseil d'Etat renforce l'idée d'assimilation par une formulation précise de sa pensée : « Les moyens tirés des prétendues atteintes qui seraient portées par « le décret attaqué au principe de l'égalité devant la loi et les charges « publiques..., en l'absence de réserves formulées à l'égard desdits « principes par la loi du 16 mars 1956, ne sauraient en tout état de « cause être retenus ».

La pensée du Conseil d'Etat paraît évidente. Il n'y aurait eu violation des principes généraux qu'au cas où le législateur du 16 mars 1956 les eût expressément réservés de l'habilitation conférée au gouvernement. On voit mal la nécessité d'une telle habilitation, si les principes avaient eu une valeur infra-législative, puisque le gouvernement pouvait abroger ou modifier toutes dispositions législatives.

L'accord est ainsi réalisé entre la majorité de la doctrine et la jurisprudence sur la valeur législative des principes généraux (72). Mais les développements précédents ne répondent pas à la question de savoir si chaque principe général a un caractère législatif. Certains d'entre eux n'ont-ils pas une valeur supérieure ou inférieure ? L'analyse du comportement des principes généraux de procédure en face de dispositions législatives particulières permet de répondre à cette question.

(71) Nous critiquerons par la suite l'assimilation totale faite entre la loi écrite et le principe général de procédure. Cf. *infra*, p. 183.

(72) Il importe, d'ores et déjà, d'indiquer que certains auteurs reconnaissent une valeur constitutionnelle à certains principes généraux du droit et non de procédure. On peut également soutenir que l'arrêt « Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie « visait les principes généraux du droit ayant valeur législative » par référence à d'autres qui n'auraient pas cette valeur.

B. — La portée des principes généraux de procédure face a la loi écrite.

211. — L'absence d'unité entre les différentes lois écrites (73) conduit à rechercher le niveau auquel se situent les principes généraux de procédure. On constate un triple comportement du principe général de procédure face à la loi écrite :

— Dans certains cas, le juge procède à une interprétation extensive d'une loi à la lumière d'un principe général de procédure.

— Dans d'autres cas, le juge provoque une interprétation restrictive ou l'effacement d'une loi réputée obscure lorsqu'elle est en conflit avec un principe général de procédure.

— Enfin, il arrive au juge de soumettre les principes généraux de procédure aux lois claires et à la volonté manifeste du législateur.

I. — L'interprétation extensive d'une loi à la lumière d'un principe général de procédure.

212. — Mises en présence d'un principe général de procédure, certaines lois, générales ou spéciales, sont renforcées par l'existence de la règle non écrite.

Cette question a déjà été partiellement envisagée dans l'étude des règles d'élaboration des principes généraux. Avant qu'une règle ou une institution ne soit élevée au rang de principe, la législation qui sert de fondement à la règle ou à l'institution est interprétée de façon très extensive (74). Il est fait appel aux mêmes procédés d'interprétation lors de l'application conjointe d'un principe et d'une loi écrite. L'article 8 de la loi du 24 mai 1872 qui prévoyait le pourvoi en appel contre certains jugements en est un exemple (75). La réglementation relative au recours pour excès de pouvoir a été, de la même façon, interprétée largement à la lumière du principe général de procédure naissant. La loi des 17-24 août 1790, modifiée par celle du 24 mai 1872, donnait compétence au Conseil d'Etat pour connaître à l'origine des « réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs » et, à partir de 1872, des « demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formés contre « les actes des diverses autorités administratives ».

Dès avant la jurisprudence dame Lamotte du 17 février 1950 (76), le Conseil d'Etat élargissait l'application de la législation existante. Depuis lors, sur la base de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, l'interprétation extensive des textes est réalisée à un double stade : lors de l'élaboration du principe et à l'occasion de son appli-

(73) Cf. *supra*, § 2, pp. 130 et s.

(74) Cf. *supra*, p. 73 et *infra* II[e] partie, pp. 272 et s. : Les extensions données à la règle du double degré de juridiction.

(75) Cf. *supra*, pp. 73 et s.

(76) Cf. *supra*, pp. 77 et s.

cation (77). La loi écrite est renforcée et élargie par le principe général. Dans d'autres hypothèses le phénomène inverse se produit, le principe général de procédure provoque l'effacement de la loi.

II. — L'interprétation restrictive ou l'effacement d'une loi réputée obscure face à un principe général de procédure.

213. — Lorsque le texte législatif est réputé obscur par le juge, il ne produira pas ses effets normaux. Cette dévalorisation de la loi par le juge n'a été réalisée que progressivement. A l'origine, la loi obscure était interprétée restrictivement face aux exigences du principe général. Depuis quelques années, les effets du principe sur la loi obscure sont plus nets. Celle-ci ne reçoit aucune application, elle est frappée *d'inefficacité*. Le conflit entre la loi et le principe général de procédure est réglé à la suite d'un raisonnement qui se décompose, à l'heure actuelle, en deux phases :

— En un premier temps, le Conseil d'Etat qualifie d'obscur un texte législatif qui, souvent, peut paraître clair. Cette qualification revêt un caractère discrétionnaire (78).

— Il a ensuite toute latitude pour interpréter, restrictivement, la loi à la lumière des principes généraux de procédure et, le cas échéant pour provoquer son inapplication à l'espèce.

L'importance de la première opération intellectuelle ne doit pas être sous-estimée. Elle est un préalable indispensable (peut-être même un artifice) sans lequel on pourrait être amené à reconnaître à certains principes une valeur supra-législative.

a) *Exemples de textes qui se sont effacés devant un principe général de procédure.*

214. — L'exemple du principe du recours pour excès de pouvoir reflète l'évolution jurisprudentielle décrite. Répétons, au préalable, que l'interprétation restrictive ou l'effacement de la loi écrite ne sont réalisables que si le texte présente une certaine obscurité ou laisse planer un doute qui est levé en faveur du principe. La loi du 17 juillet 1940 relevait de leurs fonctions magistrats et agents publics qui ne remplissaient pas certaines conditions déterminées de nationalité et d'opinions (79). Le législateur considérait qu'ils étaient « immédiatement réputés démissionnaires » (art. 2). La loi n'envisageait aucune voie de recours et disposait que la décision du relèvement de l'agent pouvait être prise « nonobstant toute disposition législative ou régle-

(77) Cf. *supra*, pp. 77 et s.

(78) Cf. *supra*, § 2, la distinction entre loi claire et loi obscure, p. 130.

(79) L'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1940 préconisait le relèvement des fonctions des agents qui « en raison soit de leur origine, soit de leur activité antérieure se montreraient incapables de collaborer sincèrement et efficacement à l'œuvre de rénovation nationale ». Si lois annotées, 1941, p. 399.

mentaire ». Compte tenu du climat politique de l'époque et de l'économie du texte, l'on pouvait raisonnablement penser qu'il s'agissait d'actes de gouvernement (80). Les décisions de révocation enlevaient à l'agent toute garantie disciplinaire et paraissaient insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Dès qu'il fut saisi d'un pourvoi contre une décision relevant un agent de ses fonctions, le Conseil d'Etat se reconnut, contre toute attente, compétent et tint même à le préciser : « Lesdites décisions constituent des actes admi- « nistratifs susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie du « recours pour excès de pouvoir » (81). Dans cet arrêt Soulier, le juge allègue une obscurité, peut-être contestable, du texte et lève le doute né de la loi du 17 juillet 1940. Il recourt ensuite aux techniques classiques de l'interprétation des textes et procède à une application que certains considéreront comme déformée, mais qui est certainement restrictive, de la loi. L'interprétation se fait ici dans un sens favorable aux intérêts du particulier (82).

215. — Une jurisprudence plus récente aboutit à un résultat identique. Avec l'affermissement du principe du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence s'est enhardie dans un double sens : d'une part, le Conseil d'Etat qualifie plus facilement d'obscur un texte législatif et d'autre part, il provoque son effacement complet devant le principe général. Le recours pour excès de pouvoir depuis 1950 (C.E., 17 février 1950, Rec. p. 110, Lamotte) en fournit un exemple. La loi du 23 mai 1943 disposait que « l'acte de concession des terres incultes ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire de la part du propriétaire. Selon le procédé, désormais familier, le juge commence par qualifier d'obscur le texte. Le commissaire du gouvernement, M. Delvolvé, estime que le « législateur use d'expressions qui nécessitent une interprétation » et conclut qu'elles ne sauraient empêcher un recours pour excès de pouvoir (83). L'assemblée du

(80) M. DUVERGER, « La situation des fonctionnaires depuis 1940 », p. 102 ; *contra*, M. CHRÉTIEN, « Le relèvement des fonctions », Gaz. Pal. 1942, Doct. p. 27.

(81) C.E. Sec., 5 mars 1943, Soulier, note Morange, D. 1944, Recueil critique, J. 99 ; dans le même sens, C.E., 25 avril 1944, Cornut, Rec. p. 9 et C.E. Ass., 24 juillet 1942, conclusions Ségalat, note Mestre, S. 1943, III°, p. 1.

(82) Voir cependant les restrictions apportées aux principes généraux de procédure face aux impératifs de l'ordre public, cf. *supra*, pp. 125-126.

(83) C.E. Ass., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte, conclusions Delvolvé, R.D.P. 1951, pp. 478-486 et surtout p. 480. Suivons le raisonnement du commissaire : « l'expression recours judiciaire » s'entend uniquement des recours devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et l'auteur du texte a peut-être simplement voulu exclure aussi l'inexpérience de l'autorité judiciaire dans le contrôle de l'octroi de la concession qui aurait pu se produire. Le commissaire s'en prend ensuite à l'interdiction des « recours administratifs », l'expression ajoute M. Delvolvé, « s'entend du recours porté devant l'autorité administrative, qu'il s'agisse du recours gracieux ou du recours hiérarchique. » Elle s'oppose généralement à l'expression « recours juridictionnel ». Elle ne s'entend pas, en tout cas, du recours « pour excès de pouvoir ». Sur l'ensemble de la question, voir *infra*, II° partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 212 et s. Dans ses conclusions, M. HEUMANN écrit : « Si la disposition restrictive édictée par le légis-

contentieux suit son commissaire. Elle déclare que l'article 4 de la loi du 23 mai 1943, relatif à l'interdiction des recours n'a pas exclu le recours pour « excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre « l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre « tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément « aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». La double mission des principes généraux est ainsi réalisée : interprétation restrictive de la loi de 1943, puis effacement ou inapplication de cette loi.

Une continuité parfaite caractérise la jurisprudence postérieure sur le recours pour excès de pouvoir. La loi du 20 août 1947 relative au recrutement des membres du Conseil économique donne compétence à une commission *ad hoc* pour statuer sur l'inégibilité et les conditions de désignation des membres dudit conseil. Son article 2 disposait : « La commission statue souverainement. » Texte obscur, texte qui n'entend pas exclure le recours pour excès de pouvoir, remarque le commissaire du gouvernement (84) qui conclut à l'effacement de ce texte devant le principe général de procédure. Tel est l'arrêt Simonnet qui confirme sur ce point l'arrêt Deltel (85) et l'arrêt Falco et Vidaillac (86) relatif à un autre grand corps de l'Etat, le Conseil Supérieur de la magistrature qui se croyait à l'abri de tout contrôle juridictionnel.

b) *Remarques sur les textes qui se sont effacés devant un principe général de procédure.*

216. — Les actes législatifs qui se sont effacés devant les principes généraux répondaient, pour la plupart, à trois caractéristiques, relatives à l'auteur de l'acte, au domaine d'application de la législation, et à la nature de la décision « sans recours ».

217. — *L'auteur* dont l'acte est interprété restrictivement est normalement un législateur d'exception; dans l'affaire d'Aillières, l'ordonnance à valeur législative du 21 avril 1944 émanait du chef du gouvernement provisoire de la République; la loi du 23 mai 1943 contestée par la dame Lamotte était l'œuvre du Chef de l'Etat Français. Les actes du législateur colonial qui durent s'effacer devant de nom-

lateur écarte tout recours de plein contentieux, elle ne saurait avoir pour conséquence... de priver les intéressés de la garantie des recours de pure légalité », C.E. Sec., 17 mai 1957, Simonnet, Rec. p. 315.

(85) C.E., 16 décembre 1955, époux Deltel, concl. Laurent, D. 1956.J.44, note Waline, R.D.P. 1956, p. 150, note Copper-Royer, A.J.D.A., 1956.II.243.

(86) C.E. Ass., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, concl. J. Donnedieu de Vabres, note Waline, R.D.P. 1953, p. 448. Le contrôle de l'élection de ses membres était en vertu de la loi du 1er février 1947 confié à un bureau de dépouillement dont les « décisions ne sont susceptibles d'aucun recours » (art. 8). Texte obscur. Volonté du législateur peu claire et qui n'entendait certainement exclure que les recours de pleine juridiction. Effacement de ce texte devant le principe du recours pour excès de pouvoir. Certes, un texte législatif pourrait y déroger mais le juge lui donne une interprétation presque systématiquement restrictive.

breux principes généraux et auxquels certains reconnaissent une valeur législative (87) étaient faits par le pouvoir exécutif. Il est vrai que certains actes législatifs votés selon la procédure parlementaire normale se sont effacés devant le principe du recours pour excès de pouvoir (88). Mais la nature des organismes créés était si incertaine qu'ils étaient difficilement applicables.

218. — *La nature de la décision* « sans recours » était indéterminée. L'organisme dont émanait la décision n'était pas défini par le législateur qui ne tranchait pas la question de savoir s'il était une autorité administrative ou juridictionnelle. Il en a été ainsi pour le jury d'honneur (89), pour le bureau de vote du Conseil Supérieur de la magistrature (90) et pour la commission de répartition des indemnités yougoslaves (91). En réalité, dans toutes ces espèces, le Conseil d'Etat s'est contenté de tirer les conséquences logiques de la *qualification* qu'il venait de reconnaître aux organismes dont les décisions lui étaient déférées : à un organisme qualifié de juridictionnel devait nécessairement répondre un contrôle par voie de cassation, la censure de l'excès de pouvoir s'attachait nécessairement aux décisions émanées d'organismes administratifs. Ces solutions auraient-elles été contredites par le législateur s'il avait prévu le destin de son œuvre ? Le doute et les incertitudes que le Conseil d'Etat a désiré lever en interprétant la volonté du législateur étaient réels. Etait-ce aller à l'encontre de la volonté du législateur que de dire qu'il n'avait pas entendu supprimer certains recours (excès de pouvoir, cassation) en décidant que des décisions étaient rendues « sans recours » ? La formule pouvait très facilement être interprétée comme une pure clause de style par laquelle le législateur aurait voulu mettre son œuvre à l'abri de certains contrôles inopportuns.

219. — *La matière* régie par les lois contestées explique parfaitement l'interprétation du juge. Certaines de ces lois, si elles avaient été interprétées différemment, auraient dérogé aux garanties normalement accordées au citoyen : le régime de la propriété est toujours entouré de garanties juridictionnelles (affaires Lamotte et Deltel) ;

(87) Voir *supra*, « La soumission des actes réglementaires aux principes généraux de procédure », pp. 123 et s., et *infra*, II[e] partie, « Les principes généraux de l'appel », pp. 280 et s.

(88) Loi du 20 août 1947 relative à l'élection des membres du Conseil économique et social, C.E., 17 mai 1957, Simonet, précité, conclusions Heumann, note Jeanneau, D. 1957.J.580.

(89) Concl. Odent, précitées sur C.E., 7 février 1947 d'Aillières, R.D.P. 1947, pp. 68-70.

(90) Concl. Donnedieu de Vabres sur C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, R.D.P. pp. 448-451.

(91) Conclusions Laurent sur C.E., 16 décembre 1955, Deltel, D. 1956.J.44. La même question se posait également, dans une certaine mesure, pour la commission chargée de statuer sur l'éligibilité des membres du Conseil Economique (C.E., 17 mai 1957, Simonet, précité, Rec., p. 314) et la Commission Nationale d'amélioration de l'habitat (C.E. 3 juin 1959, Bellemand, Rec. 335).

l'exercice des droits civils et civiques (affaire d'Aillières) fait l'objet d'une protection comparable. D'autres lois intervenaient dans un domaine où le contrôle était traditionnellement exercé concurremment par le législateur et le juge : c'était le cas du contentieux électoral et des opérations préliminaires qui le précèdent (les élections) (affaires Falco et Vidaillac et Simonnet). Dans la mesure où une assemblée souveraine n'exerçait aucun contrôle, il était normal qu'un organisme juridictionnel l'effectuât). Ces trois raisons, conjuguées dans la plupart des affaires envisagées, légitimaient l'attitude du juge pour lequel la volonté du législateur n'était pas « évidente » et son œuvre peu « claire » (92).

220. — Comment interpréter au travers de l'évolution jurisprudentielle retracée, la prééminence de certains principes généraux de procédure sur la loi écrite ?

La position du juge est dictée par des données juridiques et psychologiques. Non seulement le contrôle de constitutionnalité des lois lui est interdit, mais il s'interdit au surplus, officiellement, toute fonction créatrice qui appellerait son intervention dans l'action législative. La supériorité de fait qu'il confère à certains principes n'entraîne ni un contrôle ni une annulation législative (93) ; l'interprétation à laquelle se livre le juge a pour but avoué l'application de la volonté du législateur. *Sans annuler les dispositions législatives contraires aux principes généraux de procédure, le juge les rend, dans certains cas exceptionnels, inapplicables.* Elles conservent leur valeur juridique théorique, mais sont frappées d'inefficacité. Le juge ne censure pas l'œuvre du législateur, il la soumet à sa propre logique. Cette interprétation subtile de « la volonté du législateur » n'est-elle pas une façade cachant la nature réelle de l'œuvre du juge ? Quelle que soit la réponse faite à cette question, il reste que le Conseil d'Etat a parfois donné l'impression d'accorder au principe général une portée supérieure à celle qu'il reconnaissait à certaines lois, mais il n'a pas pour autant modifié les données classiques du principe de légalité.

Désireux de ne pas s'attirer les remontrances du Parlement, le Conseil d'Etat a réservé à la loi une possibilité réelle et fréquente de retrouver sa primauté.

III. — La soumission des principes généraux de la procédure aux lois claires et à la volonté manifeste du législateur.

221. — La primauté de la loi écrite ne reste pas vaine quand le législateur entend clairement et expressément déroger aux principes généraux. Il y a renversement des données dégagées dans le point précédent. Si la loi est claire dans sa rédaction et la volonté du législa-

(92) Voir conclusions Odent, précitées, p. 70 ; conclusions Delvolvé, précitées, R.D.P. 1950, pp. 480-481 et S. 1951.III.76 et conclusions Donnedieu de Vabres, précitées, p. 449.

(93) Voir *supra*, p. 134.

teur manifeste, les règles primitives de la légalité sont respectées. Les cas jurisprudentiels analysés traçaient d'ailleurs le partage entre le texte matériellement obscur et la volonté claire du législateur (94).

Le Conseil d'Etat se plie aux impératifs du législateur si son texte et sa volonté répondent à certaines qualités (acte clair et volonté manifeste) (95). Il faut marquer, sans ambiguïté, le droit souverain du législateur de déroger aux principes généraux et préciser ses obligations à cet effet.

a) *Le pouvoir souverain du législateur de déroger à un principe général.*

221 *bis.* — Le législateur a maintes fois utilisé le droit absolu qui lui était reconnu. En règle générale, lorsque le législateur contredit un principe général de procédure, le justiciable ne tente pas de soumettre son œuvre à l'interprétation du juge. C'est pourquoi les exemples jurisprudentiels sont peu nombreux. Mais on peut en citer aussi bien parmi les principes généraux du droit que ceux de procédure, car il n'existe aucune différence de traitement entre eux. Exclusion du recours en cassation contre certaines décisions de la Cour de Sûreté de l'Etat, et prorogation de la compétence du Tribunal militaire dont l'organisation portait atteinte aux droits de la défense (96) (loi du 15 janvier 1963), suppression de l'opposition contre les décisions des Tribunaux Administratifs (97). Il est arrivé au législateur de renoncer aux droits garantis par les principes généraux à la seule fin de préserver l'ordre public. La loi du 17 mars 1956 donnait au gouvernement les pouvoirs les plus étendus pour « prendre toute mesure « exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablis- « sement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de « la sauvegarde du territoire » aussi bien en France métropolitaine qu'en Algérie (art. 5). Le texte éclairé par les débats parlementaires (98) ne laissait aucune part à l'interprétation. Il libérait définitivement le gouvernement du respect des principes généraux lorsque les mesures dérogatoires étaient « commandées par les circonstances » (99).

(94) Voir pp. 144 et s.

(95) Parmi les auteurs qui accordent une valeur supra-législative aux principes généraux de procédure, certains reconnaissent qu'une loi peut néanmoins y déroger. Voir *infra,* p. 151.

(96) La Cour militaire de justice créée par une ordonnance du 1er juin 1962 avait été annulée par le Conseil d'Etat (C.E., 19 octobre 1962), note Debbasch, J.C.P., 1963.II.13068, note de Laubadère, A.J.D.A., 1962, p. 612, note Liet-Veaux, Rev. adm., 1962, p. 626) au motif que la juridiction portant atteinte aux principes généraux du droit pénal.

(97) Cf. *infra,* IIe partie, pp. 344 et s.

(98) J.O. Ass. Nat., 12 et 14 mars 1956.

(99) Le Conseil d'Etat a appliqué sous réserve importante les décrets pris sur la base de l'article 5 de la loi du 17 mars 1956. Le décret du 17 mars 1956 autorisait l'assignation à résidence et l'établissement de « centres d'hébergement » (C.E. Ass. plén., 7 mars 1958, Zaquin, Rec. p. 150 et C.E. Ass., 30 janvier 1959, Grange, concl.

Des dérogations ou des violations délibérées sont également commises sans nécessité apparente. La loi du 28 décembre 1959 a mis en échec, dans un domaine anodin, le principe de la non-rétroactivité des actes législatifs. L'Assemblée nationale accepta, sans débat, que soit « ratifié le décret du 11 mars 1959 réduisant provisoirement la « perception du droit de douane d'importation » applicable à l'acide alginique. Procédure étrange et regrettable utilisée par le gouvernement pour donner à un décret un effet rétroactif afin d'éviter une annulation contentieuse. Le seul objet de la loi était donc de déroger à un principe général (100).

222. — *Les principes généraux de procédure fournissent l'exemple le plus éclatant de la soumission du juge à l'œuvre du législateur.* L'arrêt Dreyfus-Schmidt (101) montra la précarité des principes du recours en cassation et du double degré de juridiction face à une volonté clairement exprimée des représentants de la Nation. L'article 6, dernier alinéa de la loi du 5 octobre 1946 (102) disposait qu'au cas de contestation au sujet de l'enregistrement d'une liste de candidats aux élections législatives, ceux-ci pouvaient se pourvoir devant le Conseil de Préfecture. Le même article précisait que « ce tribunal « doit rendre sa décision dans les trois jours, qui sera *sans appel* ». Comment fallait-il entendre cette formule et serait-elle interprétée dans le même sens que l'article 18 de l'ordonnance du 21 avril 1944 qui donna naissance à la jurisprudence d'Aillières (103) ? Le Conseil d'Etat se prononça tour à tour sur la recevabilité de l'appel et du recours en cassation pour les rejeter.

L'exégèse de l'article 6 de la loi du 5 octobre 1946 conduit à un résultat évident : « en supprimant expressément la voie de recours « ordinaire ouverte contre les arrêtés des Conseils de Préfecture et « en fixant à trois jours le délai imparti auxdits Conseils pour statuer « sur les contestations dont s'agit, le *législateur a manifestement voulu* « *que les décisions* qu'ils sont appelés à rendre en cette matière *ne*

Chardeau, Rec. p. 85). Il appartenait seulement au gouvernement d'apporter la preuve de la nécessité de la mesure dérogatoire à une liberté protégée par un principe général. Voir, dans le même sens, la possibilité qui a été reconnue au législateur d'accorder au gouvernement la liberté de déroger aux principes généraux (interprétation faite par le Conseil d'Etat de la loi du 16 mars 1956 (art. 2) : C.E. 7 février 1958 ; voir *supra*, pp. 134-135.

(100) On est en droit de se demander si l'Assemblée Nationale était parfaitement consciente du but de la loi que le gouvernement lui demandait de voter. La loi fut adoptée sans débat par vote à main levée. Le même jour l'Assemblée adoptait en deuxième lecture un projet portant atteinte aux mêmes principes (loi 59-1483 relative à la révision des loyers commerciaux). Le Sénat l'avait rejeté en première lecture le 25 juillet 1959, notamment à cause de la procédure utilisée qui dissimulait une atteinte au principe de la non-rétroactivité.

(101) C.E., 8 juin 1951, Hirschovitz, Dreyfus-Schmidt, concl. Delvolvé, note C.H., S. 1951.III.74 ; note F.M., D. 1951.J.529.

(102) Le juge eut à connaître la loi du 5 octobre 1946, modifiée par celle du 9 mai 1951.

(103) C.E., 7 février 1947 d'Aillières, concl. Odent, note Waline, R.D.P., 1947, p. 68, voir *infra*, pp. II, 323 et s.

« *puissent être frappées d'aucun recours* ». Par cette première argumentation, le Conseil d'Etat repousse non seulement toute possibilité d'appel, mais il entrevoit déjà l'incompatibilité du recours en cassation avec les dispositions de l'article 6 de la loi du 5 octobre 1946. Mais le recours en cassation ne peut-il pas surmonter une simple difficulté d'ordre législatif, lui qui est un recours de droit commun, une protection minimum de la légalité ? Deux raisons l'empêcheront de s'imposer.

— La première est contenue dans le motif précédent de l'arrêt. En « supprimant expressément la voie de recours ordinaire », c'est-à-dire l'appel contre les arrêtés des Conseils de Préfecture et en fixant un délai de trois jours à l'intervention du Conseil de Préfecture (104), le législateur n'entendait pas lui substituer une autre voie de recours, celle de la cassation. La suppression d'un recours n'aura pas pour effet d'en faire revivre un autre. Bien que cette raison se fût suffit à elle-même, le Conseil d'Etat crut bon d'en rechercher une seconde qui paraît surabondante.

— L'article 8 de la Constitution du 27 octobre 1946 ayant pour effet de confier aux Assemblées parlementaires le soin d'apprécier la régularité des élections de leurs membres, la loi du 5 octobre 1946 doit être interprétée restrictivement, car l'enregistrement et les déclarations d'apparentement constituent de simples préliminaires des opérations électorales.

Une conclusion s'impose qui est formulée ainsi par le Conseil d'Etat : « Les dispositions constitutionnelles et législatives susmen-« tionnées ne laissent pas de place à l'application du principe consacré « par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et, à ce titre, « excluent notamment la recevabilité du recours en cassation ».

L'arrêt Dreyfus-Schmidt donne une réponse non équivoque à ceux qui pensaient, depuis les arrêts d'Aillières et dame Lamotte que le juge n'était pas lié par la volonté du législateur. Celui-ci peut, à tout moment, déroger à un principe général de procédure dès lors que son œuvre souscrit à certaines conditions.

b) *Les obligations du législateur.*

223. — Les droits et obligations du législateur à l'égard des principes sont nettement tracés par le Conseil d'Etat. La motivation de l'arrêt Falco et Vidaillac relatif au recours en cassation permet de saisir la portée des prescriptions de la Haute Assemblée : « Aux ter-« mes de l'article 8, alinéa 3 de la loi du 1er février 1947, les déci-« sions dudit bureau ne sont pas susceptibles d'aucun recours, mais... « *en l'absence de toute prescription édictant expressément une solu-*

(104) La fixation d'un délai très bref de 3 jours a été déterminante. M. Delvolvé estime évident le but poursuivi : « Si vous admettez le recours en cassation, vous serez amené à casser et à renvoyer la constestation devant le Conseil de Préfecture..., le but poursuivi par le législateur sera manqué : toute la préparation du scrutin devra être reprise ou l'élection se déroulerait dans la confusion » (*loc. cit.*, p. 76).

« *tion contraire*, les dispositions précitées, qui excluent uniquement « en ce domaine, le recours de plein contentieux, ne sauraient... avoir « pour conséquence de priver les intéressés du recours pour excès « de pouvoir qui leur est ouvert, en cette matière comme dans toutes « les autres, en vertu des principes généraux de droit » (105). Si cette première obligation est combinée avec celle de l'arrêt d'Aillières, la rigueur requise du législateur apparaît clairement : « l'expression « dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence « d'une *volonté contraire clairement manifestée* par les auteurs de « cette disposition comme excluant le recours en cassation ».

224. — *Pour être prise en considération, l'œuvre législative doit donc remplir deux conditions*, l'une d'ordre matériel, l'autre d'ordre intellectuel : l'atteinte doit être *expressément* formulée (élément matériel), la volonté du législateur doit être *manifeste* (élément intellectuel). Le juge recherche le premier élément dans le texte lui-même, le second dans les travaux préparatoires. Une application positive de ces deux conditions a été réalisée par l'article 6 modifié de la loi du 5 octobre 1946, interprété à l'occasion de l'affaire Dreyfus-Schmidt (106) : le législateur avait « supprimé expressément » l'appel et il avait « manifestement voulu » que les décisions des Conseils de Préfecture fussent sans recours. La méthode d'interprétation est classique, mais se manifeste avec une rigueur particulière pour les principes généraux de procédure qui constituent des règles de portée générale (107). Le texte dérogatoire doit préciser le principe ou l'élément du principe qu'il entend battre en brèche dans l'intérêt supérieur de la nation.

C'est à ce prix que l'on revient à la primauté de la loi écrite qui avait servi de point de départ à cette section.

Conclusion de la Section. — Une jurisprudence sans dissonance réelle permet d'affirmer que les principes généraux de procédure ont « force législative » (108) parce qu'ils s'insèrent, au même titre qu'une loi écrite, dans toute la diversité législative. Conformément aux règles normales de l'interprétation et de l'application de la loi par le juge, le principe général de procédure s'appliquera de préférence à des textes législatifs, obscurs ou particuliers, ou renforcera l'application de certains textes, mais il s'effacera nécessairement devant la volonté claire et manifeste du législateur.

En résumé, le principe général de procédure a valeur d'une loi écrite, claire et générale.

(105) C.E., 17 avril 1953, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline, R.D.P., 1953, p. 448 ; note Eisenmann, D. 1953.J.683, note Vedel, J.C.P. 1953.II.7598, note Liet-Veaux, Rev. Adm., p. 265 ; G.A.J.A., p. 388 ; voir *infra*, II[e] partie, Les principes du recours en cassation.

(106) C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, S. 1951.III.74, voir *supra*, pp. 143-144.

(107) Voir *supra*, § 2, les notes relatives à l'application des lois générales et spéciales, pp. 130-131.

(108) Cf. M. Rivero (*loc. cit.*, p. 22) l'auteur considère qu'il s'agit là de valeur minimale. Cf. également Chenot, conclusions précitées, R.D.P., 1944 ,p. 169. Cf. *supra*, p. 67.

Section III

LA SOUMISSION DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE AUX REGLES CONSTITUTIONNELLES

225. — Pour expliquer l'apparition et assurer le développement des règles non écrites, certains auteurs et membres du Conseil d'Etat font des principes généraux de procédure des règles de valeur constitutionnelle. Malgré les soutiens éminents dont bénéficie cette thèse, il paraît difficile d'y adhérer pour le motif qu'en dehors du texte même de la Constitution aucune règle du droit positif n'a valeur constitutionnelle (109).

La réfutation de la thèse supra-législative ou constitutionnelle doit être précédée d'un résumé des positions doctrinales dont l'imprécision peut être décelée dès le premier abord :

— Exposé des théories supralégislatives (§ 1).

— Critique des théories supralégislatives (§ 2).

§ 1. — Exposé des théories supralégislatives (110).

226. — Animés par un souci de stabilité et même d'immutabilité de l'état de droit, certains juristes attribuent une valeur supralégislative aux principes généraux de la procédure mais ne fixent pas toujours cette valeur par rapport aux autres règles juridiques. Ils partent de l'idée qu'une simple valeur législative soumettrait les principes généraux à une précarité qui leur ôterait une partie de leur intérêt. Une force supralégislative, constitutionnelle ou même supraconstitutionnelle (111), pallierait cet inconvénient. Seule une valeur intangible et comparable à la règle constitutionnelle permettrait aux prin-

(109) Il se peut que certains principes généraux du droit d'origine constitutionnelle, aient force supra-législative. Les caractères spécifiques des principes de procédure interdisent une assimilation avec les principes précédents.

(110) Le titre même de ce paragraphe dévoile la diversité et l'imprécision des positions adoptées par certains auteurs. Ils accordent aux principes généraux une valeur supérieure à celle de la loi, mais cette valeur n'est pas nécessairement égale à la Constitution. Nous sommes ainsi amenés à parler de théorie « supralégislative » tout en reconnaissant l'aspect arbitraire de cette position qui néglige les nuances introduites. Le paragraphe suivant montrera les difficultés représentées par ces théories qui s'accordent difficilement sur l'autorité précise qu'auraient les principes généraux. Voir *infra*, p. 150 point A : « l'imprécision doctrinale ».

(111) Rappelons, pour mémoire, la thèse de Hauriou. Il accordait aux « principes fondamentaux » une valeur supra-constitutionnelle (cf. *supra*, pp. 56 et s.), le perfectionnement de la technique des principes généraux de procédure ne permet plus de soutenir un tel point de vue.

cipes généraux d'infléchir les impératifs souvent contradictoires du législateur.

Certains membres du Conseil d'Etat sont sensibles à la suprématie des principes généraux et en font part de leur opinion, notamment, dans les « Etudes et documents du Conseil d'Etat ». Ils n'ont jamais abordé le problème particulier des principes généraux de la procédure, mais l'ensemble des principes généraux du droit. M. Donnedieu de Vabres estime qu'ils sont « supérieurs à la loi » (112). La voie lui avait été ouverte par le Président Bouffandeau lorsqu'il commenta l'œuvre du Conseil d'Etat au regard des lois d'exception du régime de Vichy (113). Dès avant la deuxième guerre, M. Latournerie (114) faisait reposer la solution de l'arrêt « Etablissements Vezia » sur des principes qui forment l'armature du droit écrit et qui lui sont supérieurs. L'influence des Déclarations et Préambules constitutionnels sur l'élaboration des principes généraux de droit déteint sur leur valeur, constate M. Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt Dehaène (115).

227. — *L'existence d'un pouvoir réglementaire autonome* dénué de tout rapport de sujétion avec la loi, semble également militer en faveur de la reconnaissance au profit des principes d'une force supralégislative pour permettre un contrôle efficace des mesures prises sur la base de l'article 37, prétend M. Fournier (116), qui prend pour appui la jurisprudence Vézia, puis reconnaît aux principes généraux « une valeur différente de celle de la loi, une valeur constitution- « nelle, quasi constitutionnelle ». Ils tiennent cette force de leur origine car ils sont presque tous, « posés par les Déclarations des droits ou déduits par le juge de ces Déclarations ». Conscient de la précarité de sa thèse, M. Fournier ajoute qu'en l'état actuel du droit positif « il ne résulte pas nécessairement que le législateur doive respecter » les principes généraux ! Le commissaire du gouvernement formule néanmoins le souhait, probablement déçu par la suite, que le Conseil Constitutionnel trouve une solution pour convaincre le Parlement de s'en tenir aux prescriptions des principes généraux. Mais moins de six

(112) « La protection des Droits de l'Homme par le Conseil d'Etat », Et. et Doc. 1949, p. 44.

(113) Cf. *loc. cit.*, Et. et Doc. 1947, p. 23. En d'autres circonstances, il a reconnu l'existence de « règles de droit non écrites ayant valeur législative », *in* « Les progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in* « Livre jubilaire du Conseil d'Etat », p. 273.

(114) C.E., 20 décembre 1935, Etablissements Vézia, conclusions Latournerie, R.D.P., 1936, p. 119.

(115) C.E., 7-7-1950, Dehaene, R.D.P., 1950, p. 694. En l'espèce, le Conseil d'Etat avait préféré aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 (art. 7) le principe général de la continuité du service public.

(116) C.E. Ass., 26 juin 1959, « Syndicat des Ingénieurs Conseils », R.D.P., 1959, pp. 1004 et s., et dus spécialement pp. 1011-1014. Des commentaires de cet arrêt ont été dans l'ensemble favorables à la thèse de M. Fournier, voir note l'Huillier, D. 1959.J.541 et note Drago, S. 1959.J.203 et Georgel, Rev. adm., p. 1959, p. 31.

mois après cette adjuration, le représentant de la souveraineté nationale votait plusieurs lois rétroactives (117).

Les affirmations de M. Fournier ont cependant ébranlé une partie de la doctrine qui accepte de reconnaître, au moins à certains principes généraux, une valeur incontestée. Le Conseil d'Etat paraissait même abonder dans ce sens : « Toute autorité réglementaire, même « en l'absence de dispositions législatives, est tenue au respect des « principes généraux ». Analysant ce passage de l'arrêt « Syndicat des Ingénieurs conseils » (118), M. Rivero s'est fait l'écho, sans pour autant les partager, des thèses supralégislatives : « La formule serait « contradictoire si les principes généraux constituaient de pures et « simples dispositions législatives » (119).

Peu différente est la réaction de MM. Auby et Drago qui accordent une valeur constitutionnelle aux principes généraux en raison des bouleversements qu'aurait engendré l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. Avant cette date, la seule valeur législative était suffisante à leurs yeux pour lier le pouvoir exécutif et soumettre son activité au respect des principes généraux. Mais, par l'article 37, le gouvernement s'est substitué au législateur en certaines matières et son œuvre se trouve libérée de toute sujétion par rapport à lui. L'admission, par le juge de l'excès de pouvoir des moyens tirés de la violation des principes généraux, donne à la théorie des principes une grande extension qu'il faut garantir en reconsidérant leur portée. « Cette « valeur était dite, auparavant, législative, elle doit être aujourd'hui « présentée comme constitutionnelle, mais avant comme après 1958, « cette distinction est sans portée pour le juge administratif » qui se refuse tout contrôle de la constitutionnalité. L'argumentation présentée par MM. Auby et Drago appelle, d'ores et déjà, quelques remarques. Leur thèse ne nourrirait que des ambitions pratiques (120). Or, ils prétendent qu'elle est « sans portée pour le juge administratif ». Pourquoi, dans ces conditions, reconnaître une telle autorité aux principes généraux puisque cette valeur est inapplicable et dénuée de sanction ? La valeur supralégislative paraît, dans la construction proposée, d'autant plus inutile que, par ailleurs, MM. Auby et Drago écrivent : « Les principes généraux s'imposent au gouvernement dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome de l'article 37, mais, comme auparavant, le législateur pourra toujours y porter atteinte » (121).

(117) Cf. *supra*, p. 143.

(118) Cf. *supra*, p. 122.

(119) Rivero, « Cours de Libertés Publiques », Paris, 1964-1965, p. 146.

(120) Il s'agit d'assurer un contrôle efficace du pouvoir réglementaire autonome comme l'a d'ailleurs fait le Conseil d'Etat. Voir *infra* la critique de cette théorie, pp. 150-155.

(121) Il l'a d'ailleurs fait au moins à deux reprises par la loi du 15 janvier précitée portant création de la Cour de Sûreté de l'Etat et par la loi du 28 décembre 1959, cf. *supra*, p. 143.

M. Vedel soutient un point de vue presque semblable qui repose cependant sur des justifications différentes. Depuis 1958, seule une « valeur supralégislative, c'est-à-dire constitutionnelle des principes, permet un contrôle juridictionnel, ferme et efficace, des règlements. Ils tiennent cette force ou de leur origine constitutionnelle précise (Déclarations et Préambules) ou de l'existence d'une coutume constitutionnelle » (122).

228. — M. Waline, sans partager pleinement les points de vue précédents, constate que « tout se passe comme si, pour le Conseil d'Etat, il existait au dessus de toutes les lois écrites mêmes constitutionnelles, un principe coutumier » (123).

229. — Force est de constater que l'accord est réalisé par tous ces auteurs sur le caractère supralégislatif des principes, mais que l'imprécision règne sur la valeur et la portée réelles des règles non écrites et que le désarroi s'empare de chacun lorsqu'il convient de déterminer l'autorité précise d'un principe quelconque. Personne n'a pu définir le niveau exact où se situent les principes supérieurs à la loi. L'insertion des principes généraux dans la hiérarchie classique des règles juridiques, a conduit tous *ces auteurs* à *accorder une valeur constitutionnelle aux règles non écrites tout en précisant que le législateur était en droit d'y déroger.* Une hiérarchie nouvelle aurait permis de les situer à l'apogée d'un ordre juridique nouveau. Mais cet ordre débouchait sur un vide juridique complet. Il paraît alors possible de rejeter toute idée de constitutionnalité et de super-légalité des principes en les confrontant au droit positif.

§ 2. — Critique des thèses supralégislatives.

230. — Vouloir accorder aux principes généraux une valeur supérieure à la loi ne serait qu'une pétition de principe, frappée d'inefficience juridique pour trois raisons :

— Toute prétention de ce genre serait contraire à une jurisprudence éprouvée.

— Elle serait également contraire à notre organisation contentieuse.

— Une telle reconnaissance serait, enfin, incompatible avec notre état de droit. Ces trois critiques apparaîtront simultanément ou successivement en démontrant l'imprécision des théories supralégislatives (A), leur inutilité (B) et leur inefficacité juridique (C).

(122) G. Vedel, « Droit administratif », Thémis, 1964, pp. 202-203. La coutume constitutionnelle qu'annonçait déjà « la tradition républicaine » et « qui serait formée par l'édiction de textes législatifs concordants fondés sur la conviction du législateur que les principes constitutionnels l'obligeraient à statuer en ce sens ».

(123) R.D.P. 1950, p. 692, note sous Dehaene (C.E., 7 juillet 1950) voir également « les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *in* R.D.P., 1959, pp. 699 et s., spécialement pp. 711-712.

A. — L'imprécision des théories supralégislatives.

231. — Il a pu apparaître arbitraire d'étudier indifféremment, sous une rubrique unique consacrée aux liens entre les principes généraux de procédure et à la règle constitutionnelle, toutes les théories dites supralégislatives, sans qu'il soit tenu compte des nuances apportées par leurs défenseurs. Pour être fidèle à leur pensée, une hiérarchie doit être établie qui comporte au moins trois échelons, chacun d'entre eux pouvant être subdivisé : les principes généraux de procédure auraient alors, soit une valeur simplement supralégislative, soit une autorité constitutionnelle, soit une force supraconstitutionnelle. Chaque échelon comprend au moins une subdivision : pour les uns, tous les principes généraux ont la même valeur, pour d'autres, celle-ci peut, au contraire, varier en fonction de la règle proposée. Ces divisions et ces subdivisions, nées d'un souci de rigueur, n'ont engendré que l'imprécision pour une double raison :

En premier lieu, la hiérarchie des normes juridiques intégrerait difficilement les classifications proposées. On voit assez mal comment une même règle serait, soit inférieure, soit égale à la Constitution, soit supérieure à la loi en droit positif français; le principe du recours pour excès de pouvoir pourrait revendiquer une autorité éminente (124) alors que le principe du secret des délibérations (125) devrait s'incliner devant une loi claire et précise. Ils sont pourtant, l'un et l'autre, des règles non écrites d'une nature identique.

En second lieu, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permet pas, malgré ses subtilités en la matière, de contrôler le bien-fondé des nuances introduites. A quoi servirait, en effet, au juge de prétendre qu'un principe général est supérieur à la loi et inférieur (égal ou même supérieur) à la Constitution ? Ses pouvoirs le lui interdisent et ses activités ne l'amènent pas à établir de telles distinctions. Adopter un tel système contraindrait à établir une grille complexe des valeurs reconnues à chaque type ou à chaque catégorie de principes généraux et même à chaque principe général de procédure (126). Cette grille se transformerait rapidement en puzzle.

B. — L'inutilité des théories supralégislatives.

232. — L'effacement des principes généraux de procédure devant les lois restrictives, tel qu'il a été analysé dans la section précédente, à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'Etat, empêche toute

(124) Voir les conclusions Delvolvé sur C.E., 17 février 1950, dame Lamotte, *in* R.D.P., 1950, pp. 480-481.

(125) Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du secret des délibérations », pp. 483 et s.

(126) C'est pourtant à ce résultat que l'on aboutirait si l'on suivait MM. Auby et Drago qui écrivent qu'en vertu des évolutions jurisprudentielles : « Certaines règles générales de procédure conservent la valeur de principes généraux du droit et acquièrent dans ce cas, une valeur constitutionnelle, tandis que d'autres, les moins importantes, sont déclassées et deviennent de nature réglementaire », *op. cit.*, T. 3, p. 340 ; voir également dans le même sens, Drago, note sous C.E.,

reconnaissance, même de principe, de la constitutionnalité ou de la superlégalité des principes généraux du droit ou de la procédure (127). L'arrêt Dreyfus-Schmidt (128) réduit à néant toute allégation de ce genre en affirmant que les « "dispositions constitutionnelles et législa- « tives" relatives à certains actes préliminaires aux opérations électo- « rales ne laissent pas de place à l'application du principe consacré « par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ». Il s'agissait, pourtant, du principe du recours en cassation, l'un des plus fermement garanti ! La jurisprudence « Syndicat des propiétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie » (129) dans la mesure où elle affirme que les principes généraux ont valeur législative interdit de la même façon de souscrire aux thèses proposées. La contradiction, qui peut être décelée dans la théorie supralégislative, est d'autant plus grave que ses défenseurs s'accordent, eux-mêmes, à reconnaître que le législateur peut déroger aux principes généraux (130). Or, l'auteur d'une règle ne saurait, au risque de violer les règles de compétence et de légalité, modifier un acte qui s'impose à lui et qui lui est juridiquement supérieur.

L'inutilité des théories supralégislatives apparaît à un double plan. En premier lieu, le contrôle des règlements autonomes est réalisable sans accorder une telle valeur aux principes généraux de procédure. En second lieu, la pluralité législative permet une intégration harmonieuse des principes parmi les actes législatifs.

232. — 1) *Le contrôle des règlements de l'article* 37 *rend inutile la valeur supralégislative des principes généraux de procédure.* Au regard des règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution, il est inutile de reconnaître aux principes généraux une valeur constitutionnelle.

MM. Vedel, Auby et Drago n'accordent une valeur nouvelle aux principes généraux du droit et de procédure que pour des raisons de simple commodité juridique dans l'espoir de surmonter la gêne provoquée par l'article 37 (131). Mais, quels que soient les bouleversements qu'il ait introduit dans notre droit, le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 est sans influence sur la valeur des règles non écrites.

A supposer même que le règlement autonome ait valeur législative, ce qui peut être raisonnablement soutenu, sa portée diffère sensiblement de celle de la loi formelle, car le domaine d'intervention du règlement est moins éminent que celui de la loi. Les décrets pris sur

26 juin 1959, « Syndicat des Ingénieurs Conseils », S. 1959.202, et note Debbasch, sous C.E., 8 janvier 1959, « Commissaire du gouvernement près l'ordre des Experts comptables », D. 1960.J.42.

(127) Cf. *supra,* p. 143. Cf. l'ensemble du point 3, § 2, S. 2, pp. 135-143.

(128) C.E., 8 juin 1951, concl. Delvolvé, note C.H., S. 1951.III.74 ; note F.M., D. 1951.J.529, voir *supra,* pp. 134-135.

(129) C.E., 7 février 1958, Rec. p. 74. Cf. *supra.*

(130) Cf. conclusions Fournier, *supra,* p. 147 et Auby et Drago, p. 271.

(131) Voir *supra,* pp. 147-148.

la base de l'article 37 sont, au surplus, susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de légalité (132). La censure instituée rejaillit sur la valeur de la règle. Le règlement autonome peut être considéré comme une loi matérielle, mais il n'en demeure pas moins que celle-ci se situe à un niveau plus bas que la loi formelle. La Constitution de 1958 donne un exemple de soumission des règlements autonomes à la loi et, par voie de conséquence, aux règles juridiques de même valeur. L'article 34 ne concède au législateur que les « garanties fondamentales » des libertés publiques. Tout ce qui est nécessaire à la réglementation des libertés, sans constituer une « garantie fondamentale » ressortit, en conséquence, du domaine de l'article 37. Dans cette hypothèse, les règlements doivent respecter les lois qui ont déterminé les garanties. M. Rivero conclut logiquement de cet exemple : « *Il suf-* « *fisait donc de conserver aux principes généraux valeur législative* « *pour que les règlements fussent tenus de s'y conformer* » (133). Si l'on accepte le principe de pluralité législative (134), les règles non écrites n'ont pas besoin d'avoir valeur constitutionnelle pour s'imposer au règlement.

233. — 2) *La pluralité législative rend inutile la valeur supra-législative des principes généraux de procédure.* Les principes s'insèrent parfaitement dans l'ordre juridique existant en devenant des lois matérielles qui s'affrontent et se comparent aux lois formelles, selon les règles normales d'application et d'interprétation du droit (135). C'est pourquoi le Conseil Constitutionnel, dont M. Fournier souhaitait en 1958 l'intervention, s'est abstenu de prendre parti. Son silence peut être interprété comme un refus de soumettre systématiquement les règles écrites aux principes non écrits. A l'effacement d'un certain nombre de textes législatifs devant les principes généraux du droit et de la procédure, on peut opposer des situations inverses. De multiples lois, parmi lesquelles celle du 15 janvier 1963 portant création de la Cour de Sûreté de l'Etat, ont ouvertement porté atteinte à des principes généraux de procédure (136). MM. Auby et Drago reconnaissent, eux-mêmes, que cette situation est concevable et normale.

Mais ne pourrait-on pas introduire une distinction entre principes législatifs et principes constitutionnels ? (137). Ces derniers se heurteraient à des incompatibilités contentieuses.

(132) M. Rivero écrit à ce propos : « Seule l'absence de loi dans les matières de l'article 37 explique que le règlement paraisse échapper au principe de la légalité ce qui... n'implique nullement égalité juridique entre règlement et loi », *op. cit.*, p. 146.

(133) M. Rivero, « Cours de libertés publiques », précité, p. 146.

(134) Cf. *supra*, pp. 129 et s.

(135) Voir *supra*, S. II, § 3, pp. 129 et s.

(136) Cf. *supra*, p. 141.

C. — L'inefficacité des théories supralégislatives.

234. — Reconnaître aux principes une valeur supralégislative ou constitutionnelle, n'est qu'une surenchère de principe dénuée de toute efficience juridique. Si le principe avait valeur constitutionnelle ou supraconstitutionnelle, le juge devrait normalement rechercher la constitutionnalité de la loi litigieuse. Or, dans un conflit opposant un principe général à la loi écrite, aucun contrôle de constitutionnalité ne sanctionne la violation du principe. Quelle est la validité d'une règle de droit interne non sanctionnée ? Si l'on maintient néanmoins la théorie de la constitutionnalité des principes, elle ne présente plus qu'un intérêt purement théorique.

235. — *Au plan contentieux,* la loi constitutionnelle ne jouit d'aucune prééminence réelle sur la loi ordinaire. Toute règle qui lui serait assimilée serait dans une situation comparable. Il est vrai que les actes administratifs doivent respecter les dispositions des préambules constitutionnels. Mais ceux-ci ne font pas partie inhérente de la loi constitutionnelle dont ils diffèrent matériellement et juridiquement. La soumission aux principes contenus dans le Préambule n'est, au surplus, réelle que s'ils sont devenus des principes généraux (138) ; on ne peut donc même pas affirmer qu'il existerait un contrôle de constitutionnalité des décrets par le biais des principes généraux d'origine constitutionnelle. Les dispositions contenues dans un Préambule n'accèdent à la vie juridique pleine et totale que par le moule des principes généraux. En effet, la mutation qu'elles subissent transforme leur nature et, par voie de conséquence, leur valeur originelle. En l'absence de sanction efficace, la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle aux Principes généraux ou au Préambule constitutionnel est inutile. Rien ne contraint le législateur de les respecter. Nous retombons inéluctablement dans les règles classiques du contentieux de la légalité (voir Section I) car, en aucun cas, la loi écrite n'est paralysée par les principes d'origine constitutionnelle.

236. — *Mais une différence cependant n'existe-t-elle pas entre les principes généraux du droit et ceux de procédure ?* Leur élaboration repose sur des données différentes. Les principes de fond sont sou-

(137) Sur cette distinction, cf. G. Braibant, Et. et Doc. du Conseil d'Etat, 1962, p. 67.

(138) Cf. sur ce point, C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, note Waline, R.D.P., 1950, pp. 690 et s., et C.E., 26 juin 1959, « Syndicat des Ingénieurs Conseils », conclusions Fournier, note Waline, R.D.P., 1959, pp. 1008 et s. ; note Drago, S. 1959.J.203. Le Conseil d'Etat à la suite des conclusions de M. Gazier n'a semblé accorder aucune valeur spéciale à l'article 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui « consacrait » le droit de grève. Il s'est même effacé devant un principe général du droit, celui de la continuité des Services publics. L'arrêt Barel confirme cette postion. Une jurisprudence plus récente paraît accorder aux Préambules une valeur propre, C.E., 8 février 1960, Sté Eky, concl. Kahn, S. 1960. 131 ; note l'Huillier, D. 1960.J.263, note Vedel, J.C.P., 1960.II. 11629 *bis.*

vent proches des règles constitutionnelles dont ils émanent (139). Il ne s'agit, en réalité, que d'un cas particulier de l'hypothèse envisagée précédemment. La mutation de règles constitutionnelles ou paraconstitutionnelles en Principe général du droit, modifie complètement leur nature et leur valeur. L'ordonnancement juridique n'en est pas pour autant bouleversé. La soumission des principes généraux du droit à la Constitution et aux dispositions législatives expresses est absolue. L'exemple du principe de la légalité qui est intimement mêlé aux règles procédurales non écrites peut être avancé. Fortement imprégné de textes constitutionnels, des Préambules et de la Déclaration des droits de 1789, il n'est qu'une source dérivée de ces différents textes et ne peut prétendre, en l'état actuel de la jurisprudence, à bénéficier de l'auréole constitutionnelle. La Constitution de 1958 a marqué la soumission profonde du principe de la légalité à la volonté du constituant qui a procédé, par l'article 34, à une énumération exhaustive des matières relevant du domaine législatif. Il en résulte notamment que la loi fixe « les règles concernant... la déter- « mination des crimes et délits et les peines qui leur sont applica- « bles ». La définition et la répression des contraventions relèvent désormais du pouvoir réglementaire. Résignée, la Section du contentieux s'est contentée de constater à l'occasion de l'arrêt Sté Eky (140) que les auteurs de l'article 34 ont « entendu spécialement *déroger* « *sur ce point au principe général énoncé à l'article* 8 *de la Déclara-* « *tion des Droits* » de 1789 qui réservait au législateur la détermination de l'ensemble des infractions. Le principe contenu dans l'article 8 de la Déclaration de 1789 était un élément indiscutable du principe de légalité. Les modifications constitutionnelles ne le font pas disparaître, mais soulignent sa relativité face aux règles constitutionnelles supérieures qui forgent les institutions de la nation.

237. — Une vision différente de la hiérarchie des normes juridiques remettrait en cause l'état de droit français. Il ne connaît que des règles sanctionnées. En droit interne une règle ne devient une norme juridique véritable que si elle est assortie d'une sanction qui garantit son application. Seule, la Constitution (historiquement première ou actuelle) peut échapper à un contrôle découlant d'une règle supérieure. Toutes les autres règles ne sont que des règles posées et elles ne le sont que par un organe habilité à cet effet par le Constituant ou par une autorité créatrice de compétence en vertu de la constitution (141). Le constituant ne peut investir d'un pouvoir créateur égal, concurrent ou supérieur au sien, un organe qui lui est inférieur et qui n'est compétent, directement ou indirectement, que par lui. La tradition française s'oppose à tout gouvernement des juges. Par la volonté même du constitutant, le législateur est souverain.

(139) Cf. B. JEANNEAU, *op. cit.*, p. 172.

(140) C.E., 8 février 1960, conclusions Kahn, 1960, S. 1960.131.

(141) Cf. KELSEN, « La théorie pure du droit », p. 132.

Comment le Conseil d'Etat pourrait-il créer ou constater des règles égales ou supérieures à celles qui sont élaborées par l'organe duquel il tient son pouvoir ? Le constituant ne peut avoir engendré un tel principe de contradiction qui conduirait presque infailliblement à la destruction de son œuvre. Les principes généraux du droit et de la procédure sont au *service* d'un ordre juridique, ils ne peuvent lui *substituer* aucun autre ordre.

238. — *Conclusion du Chapitre.* Les principes généraux de procédure sont des règles du droit positif auxquelles le Conseil d'Ltat a accordé valeur législative.

— Aucun acte administratif, quelle que soit l'autorité dont il est émané, ne peut déroger à un principe général de procédure. Toute disposition réglementaire contraire est, soit annulée pour « violation de la loi », soit frappée de non-application parce qu'elle « porte atteinte à un principe général ».

— Seule une loi claire et expressément contraire à un principe général de procédure peut provoquer sa non-application. Le principe général se situe, en conséquence, au niveau des dispositions législatives générales et claires.

— Le principe général de procédure est soumis aux dispositions du texte constitutionnel.

L'intégration des règles non écrites dans la hiérarchie des normes juridiques n'entraîne pas une assimilation du principe général de procédure à la loi écrite. L'étude de la notion de principe général de procédure fait apparaître une institution originale, distincte aussi bien des autres règles non écrites que des règles écrites.

CHAPITRE III

La notion de principe général de procédure.

239. — L'étude de la genèse et de la valeur du principe général de procédure laissait entrevoir certains éléments constitutifs et les caractères généraux de la règle envisagée. Mais la notion même de principe général de procédure n'apparaît clairement qu'après qu'une comparaison soit faite entre le principe et les autres règles du droit positif, car il est souvent confondu, sinon assimilé, à des règles juridiques avec lesquelles il ne présente que des points communs réduits. Le principe général de procédure se révèlera être une véritable loi matérielle créée par le juge après qu'aient été envisagées :

— La comparaison des principes généraux de procédure avec les autres règles du droit positif (Section I).

— La définition de principe général de procédure (Section II).

Section I

LA COMPARAISON ENTRE LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE ET LES AUTRES REGLES DU DROIT POSITIF

240. — Le principe général de procédure est plus ou moins proche d'un certain nombre de règles du droit positif, car son caractère non écrit le rend parfois difficile à distinguer d'autres règles également non écrites. Mais, d'un autre côté, sa valeur législative et ses rapports étroits avec le droit écrit le font souvent assimiler, à tort, à certaines règles du droit écrit :

— Le principe général de procédure et les autres règles non écrites du droit (Sous-Section I).

— Le principe général de procédure et les règles écrites (Sous-Section II).

Sous-Section I

LE PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE ET LES AUTRES REGLES NON ECRITES DU DROIT

241. — Le désir des deux Cours suprêmes de donner une interprétation stable de l'état de droit au delà des contradictions, des indécisions et des obscurités du législateur est limité par le caractère légaliste du droit français. Tout en le ménageant, les juridictions suprêmes ont reconnu au droit certaines sources spontanées auxquelles elles ont accordé un caractère obligatoire. Parmi ces sources, les principes généraux du droit privé et du droit public, les règles générales de procédure et la coutume procédurale occupent une place importante. Il faut enfin noter que le principe général ne constitue qu'un aspect particulier de la règle jurisprudentielle dont il n'est qu'une manifestation originale.

§ 1. — Comparaison entre le principe général de procédure administrative et les principes généraux du droit et de la procédure civile.

242. — Il est commun de dire que le droit et la procédure civils se conçoivent en dehors des principes généraux et que les grandes codifications ont rendu inutiles les règles non écrites. Mais c'est oublier trop aisément qu'un ensemble de « principes » en constituent l'armature. Leur nature même est aussi contestée qu'en droit public (1). L'élaboration et l'application des principes généraux du droit privé diffèrent de leur homologue de la procédure administrative tandis que leur domaine d'application est assez comparable.

(1) Leur existence est parfois remise en cause. J. Dabin regrette leur développement dans le droit civil : « Que de réformes utiles ont commencé par être condamnées au nom de ces « principes généraux du droit pris pour des axiomes ou, tout au moins, pour des dogmes intangibles, alors que le plus souvent ils ne représentaient que des vérités relatives... ou encore des vérités partielles... ou mêmes des formules d'école destinées à simplifier l'exposé et la compréhension des règles ! » Le même auteur conclut en affirmant : « la nécessité (politique) se moque des principes généraux ». Cf. J. Dabin, *in* « La philosophie de l'ordre juridique positif », Lib. Sirey, 1929, pp. 244-245.

A. — La méthode d'élaboration et d'application des différents principes.

243. — Au premier abord, l'élaboration des principes de droit privé est identique à celle des principes généraux de procédure. Le doyen Gény (2) et M. Boulanger (3) insistent sur la base législative des principes généraux du droit privé. L'école de l'exégèse décrit le processus réception de ces principes dont la rigueur rappelle celui de nos principes procéduraux en aboutissant cependant à des résultats différents (4). Le juge s'empare d'un ou d'une série de textes puis en « extrait » un principe. Tout naturellement, le principe recevra par la suite, en vertu des règles d'analogie qui ont présidé à son développement, des applications concrètes illimitées.

La théorie privatiste de l'exégèse suscite une double critique :

En premier lieu, certaines règles, bien qu'elles ne répondent pas au critère évoqué du principe général, mais sont seulement l'expression sous forme de brocards de dispositions législatives précises, sont incluses dans « ces principes généraux qui régissent l'organisation judiciaire » (5).

En second lieu, il existe en droit civil, des principes procéduraux qui ne prennent appui sur aucun texte, sinon sur des règles d'équité (6). La question, par exemple, se pose de savoir si *l'action de in rem verso* et la répression de l'abus de droit sont de réels principes du droit et de la procédure civils. L'enrichissement sans cause, qui a donné naissance à l'action de *in rem verso*, repose sur l'idée que, dans une société, même libérale, le profit doit avoir un fondement dans le travail ou le risque. De la même façon, l'abus de droit ne peut être réprimé qu'en tant que l'on estime nécessaire de garantir au propriétaire la jouissance de son bien. Parce que ces « principes » jurisprudentiels de droit privé ne trouvent aucun support dans les textes, il faudrait leur refuser la qualité de principes généraux (7).

(2) « Méthodes d'interprétation du droit », p. 128.

(3) M. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *in* Etudes Ripert, « Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle », 1950, pp. 51-74.

(4) C'est ainsi qu'en matière d'arbitrage, le principe *des droits de la défense* oblige au respect de certaines formes. Celles-ci ont pour fondement l'article 1016 du Code de procédure civile, mais sont beaucoup plus larges que les prescriptions dudit article (voir C.A. Paris, 10 novembre 1964, note Boulbes, J.C.P., S.J., 1966.II.14.625.

(5) Cass. civ. belge, 2 mars 1951, fasc. I.482, La Cour belge évoquait un principe selon lequel les « cours et tribunaux tiennent leurs assemblées générales en Chambre du Conseil ». De même, le principe selon lequel il n'y aurait « pas de nullité de mariage sans textes » ne se trouve nulle part en germe dans le code et ne reçoit aucune application rigoureuse.

(6) Les tribunaux judiciaires font état de « règles substantielles qui sont de *nécessité logique* » pour qualifier certains droits de la défense (C.A. Paris, précité, 10 novembre 1964, J.C.P., S.J., II.14.625).

(7) Mais la Cour de cassation a-t-elle véritablement estimé qu'il s'agissait d'un principe général ? L'action de *in rem verso* et la théorie de l'abus du droit ne sont que des constructions jurisprudentielles par lesquelles le juge a conçu

244. — Les initiatives du juge judiciaire sont d'autant plus intéressantes qu'une législation rigide lui interdit normalement de faire œuvre créatrice (8) et que les principes qu'il dégage sont souvent assez proches de ceux de la jurisprudence administrative.

B. — Principes parallèles et complémentaires.

245. — L'énumération exhaustive des principes généraux du droit et de la procédure civile n'a pas encore été tentée, mais les analyses effectuées font apparaître un double rapport des principes du droit privé avec ceux du droit public et de la procédure administrative : Ils sont soit *parallèles*, soit *complémentaires* les uns des autres. Ce double rapport n'exclut cependant pas l'existence des principes propres à chacun des droits répondant aux fonctions respectives de chaque technique juridique (9).

246. — Les principes du recours en cassation existent devant les deux ordres de juridiction; le respect des droits de la défense est garanti selon les nécessités propres à l'une et à l'autre des juridictions (10) ; le principe du secret des délibérés lie tout organe juridictionnel; le double degré de juridiction s'impose dès lors que l'organisation juridictionnelle n'en dispose pas autrement. Ce sont là des principes de procédure parallèles, sinon communs aux juridictions admi-

ex nihilo des techniques propres à réparer le préjudice injustement subi par un justiciable. Que l'on songe à la théorie de l'imprévision du droit administratif ou à celle des circonstances exceptionnelles ; personne n'en a fait des principes généraux du droit ou de la procédure. Le problème se pose dans des termes identiques. Voir Starck, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », Revue trim. de droit civil, 1958, pp. 475-505 et spécialement pp. 477 et s.

Ces « principes » participent cependant de la politique normative des tribunaux mais à un plan différent et constituent ce qu'il est convenu d'appeler des constructions jurisprudentielles. (Voir *infra*, S. Section II, pp. 79 et s.). Les constructions jurisprudentielles ne sont pas des sources véritables du droit, mais réalisent une réglementation précise ignorée du législateur. Au surplus, l'arrêt de « règlement » est sanctionné par les textes.

(8) Cependant l'article 4 du Code civil enjoint au juge de juger même au cas de « silence, d'obscurité ou d'insuffisance » législative. C'est pourquoi le juge civil déclare « appliquer » un principe en vertu d'un texte déterminé même si le principe dégagé est éloigné du texte de référence.

(9) Citons l'exemple du principe de droit privé d'après lequel le pouvoir libératoire de la monnaie est toujours égal à lui-même. La fonction publique comporte, parmi les 34 principes généraux de droit qui la caractérisent, des principes particuliers qui n'ont aucune équivalence en droit privé et qui y seraient sans objet.

(10) Motulsky, « Les droits de la défense », *in* Mélanges Roubier, p. 142. Mais les analogies entre les droits de la défense respectés par les deux ordres de juridictions ne doivent pas être surestimées. En premier lieu, les rapports existant entre le Code de procédure civile et le principe qui en est issu sont faibles (les droits de la défense paraissent reposer davantage sur le droit naturel. Motulsky, *loc. cit.* — ou sur « les nécessités logiques » — Boulbes, *loc. cit.*, J.C.P. 1966.II. 14.625 et J. Robert, « Arbitrage civil, 1961 et commercial », T. 1, 268 pages) ; n°s 229 et s. ; C.A. Douai, 7 octobre 1958 ; Gaz. Pal., 1959.I.50). En second lieu, les processualistes accordent aux droits de la défense un contenu plus large qu'en

nistratives civiles (11). Un minimum d'organisation processuelle et juridictionnelle est assuré de façon assez comparable devant les assemblées contentieuses. Principes parallèles ou communs touchent davantage la procédure contentieuse que le fond du droit qui répond à des rapports différents.

247. — *Les principes complémentaires* du droit privé et de droit administratif reposent sur une organisation politique et juridique identique de la Nation. Les uns régissent les relations entre particuliers, les autres concernent les rapports entre l'Administration et les particuliers.

C'est ainsi que l'ordre nouveau, né de la Déclaration de 1789 et les textes qui l'ont confirmé, ont donné naissance à un principe d'égalité que l'on retrouve dans les deux techniques juridiques : Egalité civile en droit privé (12), Egalité devant la loi et les services publics en droit administratif (13). En matière économique, la complémentarité des principes des deux droits est aussi réelle : la liberté du commerce et de l'industrie du droit administratif (14) revêt la forme ou, si l'on préfère, est complétée par les principes de la liberté contractuelle (issue de l'article 46 du Code civil) et du libre usage de la propriété

procédure administrative : « Toute mesure propre à assurer à chacune des (parties) l'égalité d'accès à la juridiction, au débat judiciaire lui-même des garanties telles que les parties soient à même d'en connaître le déroulement quand la participation ne leur est pas ouverte à la décision qu'elle permette le contrôle de sa conclusion. » (J. ROBERT, *op. cit.*, n° 229). La motivation des jugements est ainsi incluse parmi les droits de la défense (voir *infra*, II[e] partie, pp. 200 et s., et pp. 390 et s., la solution retenue en procédure administrative). La structure même du principe des droits de la défense n'est pas comparable, car en droit judiciaire privé « *le principe du respect des droits de la défense n'est autre que le principe du contradictoire* » (BOULBES, *loc. cit.*, 14.625 ; voir également CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, n° 290. Pour certains auteurs, le principe des droits de la défense ne serait qu'un corollaire du principe du contradictoire. Voir CORNU et FOYER, *op. cit.*, pp. 368-373). Devant les juridictions administratives, le principe du contradictoire n'est qu'un des éléments du principe des droits de la défense (voir *infra*, II[e] partie, pp. 376-387).

(11) En 1918, le commissaire du gouvernement Berget écrivait que si l'« on envisage les principes généraux du droit, on doit reconnaître que la communication des pièces composant le dossier est un de ces principes essentiels dont l'observation s'impose... à toutes les juridictions de quelque nature qu'elles soient ». Prévue par les articles 93 à 103 du Code de procédure civile, la communication des pièces « n'est que l'application du grand principe de droit... appliqué devant le Conseil d'Etat et devant les juridictions civiles et administratives », C.E., 10 août 1919, Sieur Villes, conclusions Berget, Rec. p. 843. Il existe aussi un fonds commun procédural mis en œuvre par les principes généraux.

(12) Il repose sur l'article 8 du Code civil : « Tout français jouira des droits civils. » Un certain nombre de conséquences en sont dégagées. Cf. RIPERT et BOULANGER, « Traité élémentaire de droit civil », 1956, T. I, n°[s] 389 à 397.

(13) Cf. B. JEANNEAU, *op. cit.*, pp. 8 à 40.

(14) Nous n'entamons pas la discussion sur la réalité d'un principe général de la liberté du commerce et de l'industrie. Cf. conclusion : FOURNIER sur « Syndicat général des Ingénieurs Conseils », *loc. cit.*, R.D.P., 1959, p. 1016.

privée (art. 544) (15). Il est à noter que ces principes complémentaires intéressent plus le droit civil et le droit administratif que les deux procédures qui en sont issues.

Dans les deux procédures, le souci du juge est identique : ouvrir les voies de droit et assurer les garanties de l'instance au justiciable. Le but poursuivi rejaillit sur les méthodes et les constructions réalisées. Un rapprochement sensible se produit entre le contentieux administratif et civil grâce aux principes généraux de procédure qui « commandent tout à la fois le droit public et le droit civil » (16).

§ 2. — Les principes généraux de la procédure et les principes généraux du droit public.

248. — L'expression de « principes généraux de procédure », sous réserve d'exemples jurisprudentiels isolés, est récente. Sa formulation la plus solennelle a été exprimée à l'occasion du caractère contradictoire de la procédure « principe général applicable à toutes les juridictions administratives » (17). Est-il réellement nécessaire de distinguer les règles procédurales des principes généraux du droit ? En l'état actuel de la jurisprudence, on serait tenté de prétendre qu'il n'existe qu'une notion unique de principes généraux et que les principes de procédure ne sont que des « principes généraux du droit public » applicables à la procédure administrative contentieuse. Dans ce cas, leur seule originalité résiderait dans leur contenu et leur domaine d'application. Cette affirmation mérite d'être nuancée, à plus d'un plan, car les principes de procédure acquièrent progressivement une certaine indépendance après avoir connu un développement parallèle aux principes généraux du droit.

(15) On a pu espérer une *fusion* des principes des deux droits. Une tentative du Tribunal civil de la Seine mérite d'être citée. Mais en cassant le jugement confirmé après appel, la Cour de cassation lui a enlevé toute valeur de précédent (Cass. civ., 23 novembre 1956, Trésor Public, c. Giry, concl. Lemoine, D. 1957.J.34, note Waline, R.D.P. 1958, p. 298, chr. Fournier et Braibant, A.J., 1957.II.91). Le tribunal civil constata, qu'en vertu de l'article 4 du Code civil et dans le silence des textes « il reste au juge le soin d'*appliquer les principes généraux de droit qui commandent tout à la fois le droit public et le droit civil*, autrefois réunis sous le terme de « jus civile » ; attendu que l'application de ces principes n'est pas le monopole d'une juridiction déterminée et qu'on ne saurait au nom de la séparation des pouvoirs, la retirer aux magistrats de l'ordre judiciaire... ; attendu que (la) règle d'équité exige que le préjudice subi par un particulier au cours d'une opération indispensable exécutée dans l'intérêt d'un service public... doit être supportée par la collectivité... qu'en décider autrement serait rompre l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques » (Trib. Civil, Seine, 5-12-1952, note Vedel, J.C.P. 1953.II.7371. Au-delà de l'emprunt fait à un principe du droit public, le Tribunal civil rappelle la communauté historique de certaines règles.

(16) *Ibid.*

(17) C.E. Sec., 12 mai 1961, Sté La Huta, Rec. p. 313. Cf. *infra*, II[e] partie, p. 375.

A. — Le développement parallèle des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure.

249. — Le développement historique des principes généraux de procédure ne commande aucune solution particulière. Règles de procédure et de fond ont répondu longtemps à l'appellation commune de « principes généraux du droit » (18). Dès leur origine, les droits de la défense furent soumis à ce qualificatif ou à celui de « principes fondamentaux du droit public ». Par la suite, une tentative de séparation entre principes du fond et de procédure est ébauchée par le juge qui qualifie de « règles générales de procédure qui s'appliquent devant toutes les juridictions administratives » certaines institutions procédurales. L'opposition, la tierce-opposition, et de nombreux droits de la défense deviennent ainsi des « règles générales » ou simplement des « règles », ou encore des « principes », sans aucune autre qualification (19). On peut, néanmoins, au travers de cette diversité, percevoir le souci du juge de distinguer les principes de fond des principes de procédure. Au lendemain de la deuxième guerre, après un effacement subit des règles générales de procédure, apparaissent les « principes généraux du droit », puis les « principes généraux de procédure » (20).

B. — L'élaboration des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure.

250. — La réception des principes généraux de procédure n'est pas identique à celle des principes généraux de droit (21). Les principes procéduraux demeurent plus liés que les principes du droit aux textes qui ont servi de base à leur introduction dans l'ordre juridique. Le raisonnement par analogie à la suite duquel on induit un principe de textes législatifs est moins rigoureusement appliqué pour l'élaboration des principes généraux du droit. Nombre d'entre eux ont pour base unique la Déclaration des Droits de 1789 qui n'est devenue une règle intégrée réellement dans le droit positif que postérieurement à l'élaboration de ces principes. Les principes de l'égalité devant la loi et les charges publiques (22), le principe de la continuité du

(18) Cf. *supra*, Introduction.

(19) Sur les règles générales de procédure, voir *infra*, § 2, p. 169.

(20) Il ne faut pas surestimer l'importance des qualifications données par le Conseil d'Etat. Nous démontrerons par la suite l'insuffisance du critère formel des principes généraux, cf. *infra*, Section II. Nous verrons également qu'il existe des règles générales de procédure qui ne sont pas des principes généraux de procédures parce qu'elles demeurent liées à une des dispositions précises du Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat leur confère une simple valeur réglementaire et en fait des règles interprétatives et non de véritables sources de droit. Voir *infra*, pp. 173 et s.

(21) Cf. *supra*, p. 130.

(22) C.E., 10 juillet 1946, « Sté Charles Frères ». Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat invoque une notion encore plus vaste et imprécise : « le principe de l'égalité entre les citoyens ». Toute la jurisprudence relative à la police de la circu-

service public (23) reposent plus sur une philosophie du droit que sur une législation sûre. La continuité du service public n'est autre chose que la « raison d'état » administrative faite Droit, ou légitimée par les principes généraux du droit (24).

Dans bien des cas les principes généraux du droit sont le résultat d'une superposition de règles non écrites, phénomène sans équivalent dans le droit procédural.

C. — Les caractères spécifiques des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure.

251. — Les principes généraux (du droit ou de la procédure) sont des normes générales et permanentes. Cette affirmation classique mérite d'être nuancée, car les principes de la procédure ont un domaine assez limité, mais sont immuables. A l'inverse, les principes généraux du droit englobent l'ensemble des activités des pouvoirs publics, mais ils ne peuvent rester indifférents aux développements législatifs nouveaux. La spécialisation et la fixité des Principes généraux de procédure ne sauraient cependant être opposées systématiquement à la généralité et au caractère évolutif des principes généraux du droit, mais ces qualités diverses permettent de les distinguer les uns des autres.

1) *Spécialisation des Principes généraux de Procédure. et généralité des principes généraux du Droit.*

252. — Les principes de droit et de procédure ont un objet distinct car ils organisent des situations et des rapports différents. Les principes de procédure sont au droit processuel ce que les principes généraux du droit sont au droit administratif général. Les principes de procédure sont limités aux seules activités contentieuses. En conséquence, ils sont applicables à toutes les juridictions et à tous les justiciables, mais aux seules juridictions administratives et aux seuls

lation fait appel à l'égalité entre les usagers qui est une forme de l'égalité devant la loi. P. H. Teitgen, « La police municipale », Thèse, 1937, pp. 317 et s.

(23) C.E., 7 août 1909, Winkell, concl. Tardieu, note Hauriou, S. 1909.III.45 ; C.E., 22 octobre 1938, Delle Minaire, concl. Lagrange, note Eisenmann, D. 1938.J.49, et M. Rivero, « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat », Dt social, 1951, pp. 591 et s. ; M. Jeanneau, *op. cit.*, pp. 108-114.

(24) Eloignés des textes, les principes généraux de droit le sont encore davantage lorsqu'ils consacrent une coutume constitutionnelle. Les principes généraux relatifs aux pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire ne reposent que sur une coutume constitutionnelle et une pratique politique constante. Voir C.E., 17 mai 1957, Simonet, concl. Heumann, Rec. p. 314, note Jeanneau, D. 1957.J.580, concl. Fournier, Braibant, A.J.D.A., 1957.II.270.

justiciables (25). En revanche, les principes généraux de droit englobent tous les rapports entre la puissance publique et le particulier. Le justiciable est usager d'un service particulier et délimité, alors que les principes généraux du droit envisagent les rapports de tous les usagers de l'ensemble des services publics. C'est pourquoi, l'on peut se demander si les principes de fond ne recouvrent pas les principes de procédure.

Les principes généraux du droit n'englobent-ils pas ou ne servent-ils pas, au moins apparemment, de fondement aux principes de procédure ? La question mérite d'être posée pour le « principe des principes », celui de la légalité (26). Le principe de légalité est la règle la plus fondamentale de notre droit, et s'entend, d'après M. Eisenmann « comme exigence de non-contrariété à la législation ou comme « exigence, beaucoup plus forte de conformité, à une réglementation « législative » (27). Le principe de légalité garantit une non-contrariété ou une conformité des actes administratifs aux règles juridiques supérieures. Les manquements au principe de légalité sont sanctionnés par des voies contentieuses organisées : les recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation.

En première analyse, le recours pour excès de pouvoir (ou le recours en cassation) a pour fondement et pour cause le principe de la légalité; en d'autres termes, en instituant ces recours contentieux, le législateur a entendu préserver l'état de droit dont le principe de légalité est l'élément le plus profond. Si elle était retenue, cette analyse permettrait de conclure que le principe du recours pour excès de pouvoir n'est qu'un élément du principe de légalité.

Mais l'évolution originale des voies contentieuses garanties et organisées par les principes généraux de procédure contredit une telle interprétation. Le principe du recours pour excès de pouvoir (comme le principe du recours en cassation) est soustrait de toute sujétion contraignante par rapport au principe de la légalité.

Le principe de légalité a éclaté et se divise désormais en deux branches : l'une générale, l'autre procédurale. La première branche continue de poser la règle de conformité de l'acte administratif aux règles supérieures. C'est le principe de fond. La seconde branche, celle du principe procédural, dispose que les recours pour excès de pouvoir et

(25) Cf. *infra*, S. III, p. 193. Ce cloisonnement édifié par le juge est en réalité plus apparent que réel. Il est vrai que certains principes ne recevront pas l'application parce qu'un organisme n'a pas le caractère d'une juridiction (communication des pièces du dossier, principes du caractère contradictoire de la procédure) : d'autres principes intéressent toutes les activités contentieuses ; ils constituent des règles communes à la procédure civile, à la procédure gracieuse et contentieuse administrative et au contentieux disciplinaire (communication de certaines pièces, avertissement de certaines décisions). *L'idée de spécialisation du principe général de procédure doit donc être nuancée.*

(26) M. Jeanneau, *op. cit.*, p. 134, voir également, concl. Delvolvé, sous C.E., 17 février 1950, Dame Lamotte, R.D.P. 1950, pp. 480 et s.

(27) M. Eisenmann, *loc. cit.*, Et. et Doc., 1957, p. 40.

en cassation existent contre tous les actes administratifs et juridictionnels (28).

Le rapport des forces qui résulte de cette évolution bouleverse les données primitives du principe de la légalité. Ce sont les principes procéduraux de la légalité qui influencent les règles de fond. L'article 16 de la Constitution en donne un exemple. Au premier abord, il paraissait soustraire aux règles de la légalité l'ensemble des « mesures » prises en période de crise par le Président de la République, mais le recours pour excès de pouvoir qui tire toute sa force de son caractère de principe, n'a pas toléré cette situation dérogatoire à l'état de droit (29).

En conclusion, grâce à sa spécialisation, le principe du recours pour excès de pouvoir maintient l'état de droit là où le principe originaire de la légalité n'aurait pu que constater une évolution qui lui était défavorable; il confère également aux règles de la légalité qui lui servent de fondement une forme et un contenu qu'elles n'auraient pas imposé par elles-mêmes.

Les principes généraux ont modelé différemment la technique juridique à laquelle ils se rapportent : ceux de la procédure ont introduit une profonde égalité dans les rapports entre l'Administration et le particulier parties aux procès; les principes généraux du droit public n'ont pas altéré le caractère inégalitaire du droit administratif.

2) *Fixité des principes de procédure et précarité des principes généraux de droit.*

253. — La fixité et la permanence caractérisent les principes généraux de procédure par opposition aux fluctuations importantes qui sont ressenties par la plupart des principes généraux du droit : la liberté du commerce et de l'industrie est si fugitive que l'on s'interroge sur son existence en tant que principe et sur son contenu éventuel. Rares sont les cas où la jurisprudence admette qu'une mesure restrictive à la liberté du commerce et de l'industrie soit incompatible avec le principe. L'égalité devant les charges publiques, inscrite dans les textes, transcrite dans les principes, risque également de devenir un vocable dénué de tout sens. Des règles supérieures issues des nécessités économiques, des protections douanières, du progrès technique, entraînent des inégalités pratiques entre les contribuables ou les

(28) Cette conclusion résulte pour le recours pour excès de pouvoir de l'arrêt Dame Lamotte (C.E. Ass., 17 février 1950, R.D.P., 1951, pp. 478 et s.) et pour le recours en cassation de l'arrêt d'Aillières (C.E., 7 février 1947, Rec. p. 40). Voir *infra*, II[e] partie, pp. 212 et s.

(29) Les décisions présidentielles qui paraissaient être d'une nature différente de la loi et du règlement leur sont assimilées par le juge de l'excès de pouvoir depuis l'arrêt Rubin de Servens (C.E., 2 mars 1962, concl. Henry, J.C.P., 1962.II. 12.613, chr. Morange, D. 1962, chr. 102, note Berlia, R.D.P., 1962, p. 288, note Bourdoncles, S. 1962, p. 147. Si les décisions sont intervenues dans le domaine du règlement, elles ont le caractère réglementaire et relèvent du principe selon lequel tout acte administratif doit être soumis au contrôle juridictionnel. Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 230-233.

industriels et commerçants. Le Conseil d'Etat refuse presque systématiquement de constater la rupture d'égalité qui résulterait d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et déboute les requérants (30). Faute de recevoir une application, certains principes généraux du droit ne risquent-ils pas de disparaître, de tomber dans une sorte de désuétude qui consacrerait leur non-usage ?

254. — Les principes généraux de procédure ne partagent pas un sort identique et sont à l'abri de toute détérioration. Généralement, plus précis et plus techniques que les principes du droit, ceux de procédure consacrent une notion ou une institution déjà développée par les textes. Ils permettent leur extension à des cas négligés par le pouvoir législatif ou réglementaire. Le recours pour excès de pouvoir, la communication des pièces du dossier, l'appel, l'obligation de statuer, etc., sont prévus par des textes devant certaines juridictions. Les principes dont ils ont fait l'objet parent les défaillances législatives ou les contrariétés réglementaires devant l'ensemble des juridictions dont l'organisation le permet. L'application positive des principes généraux de procédure est beaucoup plus fréquente que celle des principes généraux du droit (31). Il n'y a là qu'une constatation, un indice révélateur, mais sans influence sur la nature des règles appliquées. Une loi n'a jamais supprimé, jusqu'à nos jours, un principe général de procédure (32), bien qu'aucun obstacle n'empêche le législateur de le faire.

(30) Cf. pour la fixation d'un taux maximal de consignation des bouteilles de lait dans la région parisienne : C.E., 22 mars 1961, « Sté laitière métropolitaine et autres, Rec. p. 203 ; l'octroi d'une licence d'importation à plusieurs concurrents à des conditions différentes : C.E., 6 juin 1962, « Office Parisien de compensation », Rec. p. 369 et C.E., 13 juillet 1963, « S.A.R.L. Daniel », Rec., p. 427 ; l'offre de concours assurée par certains propriétaires riverains seulement, pour le financement de Travaux publics : C.E., 4 juillet 1962, Utersinger, Rec. 445 ; Primes et redevances d'importation aux seules marchandises importées par mer : C.E., 7 novembre 1962, « Caisse générale de la péréquation de la papeterie », Rec. p. 592. Différence de traitement dans l'indemnisation des distillateurs ayant consenti des restrictions d'activités nuisibles pour la santé publique : C.E., 1er février et 2 mai 1963, « Distillerie Magnac-Laval », Rec. pp. 62 et 246. Voir également sur l'égalité des traitements des chauffeurs de taxi : C.E., 27 novembre 1964, Chambre syndicale des chauffeurs de voiture de place, Req. 54-965 et la très importante décision rendue à l'occasion de la création d'un cabinet dentaire municipal. C.E. Ass., 20 novembre 1964, ville de Nanterre, Rec. p. 563.

(31) Voir pour le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, note (30). En 1964, dans 15 espèces différentes, soumises au Conseil d'Etat, la violation de principes généraux du droit a été alléguée 18 fois. Le Conseil d'Etat a donné satisfaction à 2 requérants (violation du principe de l'égalité des citoyens devant la loi et droits de la défense à l'occasion de la dissolution administrative d'une société coopérative). Voir Table analytique, Rec. Lebon, 1964, pp. 822-825.

(32) Certains principes généraux de procédure ont cependant fait l'objet de limitations. La loi du 15 janvier 1963, portant organisation de la Cour de Sûreté de l'Etat supprime certaines voies de recours et a prorogé les compétences du tribunal militaire créé par l'ordonnance du 1er juin 1962, annulée par le Conseil d'Etat (C.E., 19 octobre 1962, Canal, note Debbasch, J.C.P., 1963.II.13068, note de Laubadère, A.J.D.A., 1962, p. 626, voir *infra*, Les principes généraux de la procédure pénale, pp. 194-195. Cf. également les incidences de l'ordre public sur les principes

L'ensemble de principes a conduit la procédure à un « point de non-retour », accepté tant par le législateur que par le pouvoir réglementaire qui ne se sentent pas aussi liés par les principes généraux de droit.

3) *La valeur des principes généraux de droit et de la procédure.*

255. — La valeur des principes paraît être la même dans les deux domaines. Il n'en demeure pas moins que les principes généraux de droit semblent, au moins au premier abord, bénéficier d'une force supplémentaire qu'ils tireraient de leur fréquente origine constitutionnelle (33). Mais, paradoxalement, seuls des principes de procédure l'ont emporté sur la loi (34). En revanche, aucun affrontement réel ne s'est produit entre un principe général du droit et une loi. N'est-ce pas là une preuve de la plus grande efficacité des principes généraux de procédure par rapport aux autres principes ? Leur degré de précision leur vaut cette plus grande intensité d'application face à des normes contraires (35).

généraux de procédure, *supra*, p. 126. Le pouvoir exécutif par un décret du 10 avril 1959 n'a pourtant pas hésité à supprimer l'opposition devant les Tribunaux administratifs où elle était appliquée, notamment en vertu des dispositions généraux de procédure (voir *infra*, II[e] partie, p. 344). Cette restriction apportée à un principe général n'était concevable que dans la mesure où la légalité, d'une part, et les garanties offertes au justiciable, d'autre part, n'en souffraient pas. Or, il est constant que l'opposition entravait le cours normal de la justice et était devenue un moyen dilatoire utilisé par les plaideurs pour paralyser l'appel. Le respect d'autres principes (double degré de juridiction et garanties du justiciable, entendues dans un sens large) militait en faveur de l'aménagement d'un principe devenu inutile, sinon nuisible.

Un second exemple d'atteinte à un principe général de procédure est apparemment fourni par le recours administratif préalable qui, selon le commissaire du gouvernement Rigaud, ne serait qu'une « règle générale », C.E. Sec., 10 juillet 1964, D. 1965.84. La décision regrettable du Conseil d'Etat nous paraît devoir être sans lendemain. Voir *infra*, II[e] partie : Le principe du recours pour excès de pouvoir.

(33) Cf. conclusions Gazier sur l'arrêt Dehaene, R.D.P. 1950, p. 691.

(34) La loi du 1[er] février 1947 (article 8, alinéa 3) qui prévoyait que les décisions du Bureau de dépouillement de la Cour de cassation étaient rendues « sans recours » n'a pas empêché la recevabilité du recours pour excès de pouvoir des sieurs Falco et Vidaillac (C.E., 17 avril 1953, conclusion Donnedieu de Vabres, note Waline, R.D.P. 1953, p. 448 ; note Eisenmann, D. 1953.J.683, note Vedel, J.C.P., 1953.II.7598 ; note Liet-Veaux, Rev. Adm., 1953, p. 265). Le fait que les décisions du jury d'honneur fussent souveraines n'emporta pas le rejet du recours en cassation du sieur d'Aillières (C.E., 7 février 1947, Rec. p. 40, précité), voir *infra*, II[e] partie, pp. 321 et s., et voir également, *supra*, pp. 139 et s., « les principes généraux de procédure et la loi ».

(35) Il convient d'ajouter les principes du contentieux disciplinaire. Chacun connaît les interférences ou du moins les influences qui existent entre la procédure contentieuse et la procédure disciplinaire. L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 prévoyait la communication du dossier. Le principe de la continuité du Service public a paralysé son application dans l'arrêt Winkell (C.E., 7 août 1909, S. 1909.3. 145, note Hauriou). Le Conseil d'Etat a également interprété restrictivement la loi du 16 août 1940 sur l'exclusion de la Fonction publique à la lumière des principes généraux (C.E., 21 janvier 1944, Carmon, Rec. p. 22).

Malgré une évolution terminologique récente introduite par le Conseil d'Etat, la comparaison entre les principes généraux du droit et ceux de procédure ne fait pas apparaître, en l'état actuel de la jurisprudence, de grandes différences entre les notions. Les uns et les autres sont des règles de valeur législatives élaborées par le juge à partir de textes plus ou moins précis. Différents par leur objet, ils sont néanmoins comparables par leur fonction et leur valeur. Le champ d'application, propre à chacune des catégories de principes, accentue certains de leurs traits originaux. L'organisation juridictionnelle est une condition d'application des principes de procédure, sans équivalent en droit administratif général. Très proches des textes, les principes de procédure sont moins sensibles à l'évolution sociale et juridique que les autres principes et résistent davantage à la confrontation avec les règles du droit écrit. La multiplication, difficilement explicable, des principes généraux du droit, la mobilité juridique et sociale à laquelle ils sont soumis, altèrent leurs caractères profonds et leur efficacité alors que la permanence, et la précision de principes de procédure renforcent leur valeur initiale. Les premiers risquent de devenir des règles purement indicatives alors que les seconds demeurent des règles impératives.

§ 3. — Les principes généraux de procédure et les règles générales de procédure.

256. — Les règles générales sont, avec les principes généraux de procédure, les deux grandes sources non écrites de la procédure administrative contentieuse. Créées par le juge administratif dans des conditions presque identiques, les similitudes existant entre les unes et les autres provoquent deux types d'erreur :

Il y aurait d'abord une adéquation entre les principes généraux du droit et les règles générales de procédure, les deux notions étant identiques et les deux expressions différant seulement à raison du domaine spécial d'application de chacun d'entre eux. La procédure contentieuse administrative relèverait alors des règles générales de procédure tandis que les principes généraux du droit public organiseraient les autres rapports administratifs.

En outre, le principe général de procédure et la règle générale de procédure ne constitueraient qu'une seule et même notion, la différence d'expression (« principe » et « règle ») étant sans portée réelle.

La seconde erreur ne se distingue de la première que par sa formulation plus précise (36). Face à ces erreurs, il paraît indispensable

(36) L'assimilation faite entre principes généraux et règles générales de procédure est fréquente, mais elle procède moins d'un esprit de système que de confusion. En effet, pour la plupart des auteurs, certaines règles générales de procédure sont de véritables principes généraux, alors que d'autres ne sont que des règles mineures. Voir Auby et Drago, *op. cit.*, pp. 901 et s. ; Fournier, concl.

de dégager, en premier lieu, la notion de règle générale de procédure et de la comparer, ensuite, avec celle de principe général de procédure.

A. — La notion de règle générale de procédure.

257. — Depuis la fin du siècle dernier, le Conseil d'Etat mentionne l'existence de « *règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative expresse ou n'est pas inconciliable avec leur organisation* » (37). C'est à partir de cette définition du Conseil d'Etat que MM. Auby et Drago (38), d'une part, et M. Heurte (39) d'autre part, ont étudié la notion de règle générale de procédure, mais ils ont accordé à chacun de ses éléments un contenu variable. Ces éléments peuvent être ramenés à trois. Les règles générales de procédure sont alors :

— De simples règles de technique procédurale.

— Elles sont applicables par l'ensemble des juridictions administratives sous réserve de leur organisation.

— Ce sont des règles interprétatives, de valeur infra-décrétale.

1) *Les règles générales de procédure sont de simples règles de technique procédurale.*

258. — Malgré le qualificatif de « général » (40) qui leur est donnée, les règles de procédure introduisent dans la procédure administrative une *disposition technique précise et mineure qui a son origine dans le droit judiciaire privé.*

259. — Les institutions prévues et organisées par les règles générales de procédure ont une importance secondaire. Elles ne modèlent pas l'ensemble de la procédure et ne bouleversent pas les données du contentieux. Pendant longtemps elles ont, par des mesures fragmentaires dont un principe général a ensuite fait la synthèse (41), assuré à l'instruction un caractère contradictoire (42) ; elles ont permis la recevabilité des demandes reconventionnelles jusqu'à ce que des textes en réglementent l'application devant les juridictions administra-

sous C.E., 26 juin 1959, « Syndicat des Ingénieurs-Conseils », R.D.P., 1959, p. 1004 ; note Drago, sous le même arrêt, S. 1959.202 et Braibant, dans ses conclusions sur C.E., 23 janvier 1959, Derambure, Rec. p. 71.

(37) Il faut préciser dès maintenant que la « disposition législative expresse » dont il est fait état dans cette définition a disparu progressivement du vocabulaire du Conseil d'Etat.

(38) Auby et Drago, *op. cit.*, n°° 901 et 902, Drago, note précitée, S. 1959.202.

(39) Heurte, « Les règles générales de procédure », A.J.D.A., 1964, pp. 4-9.

(40) Voir *infra* le sens donné à cet adjectif. Il est relatif non pas au contenu de la règle mais à son champ d'application.

(41) C.E., 13 mai 1961, Sté La Huta, Rec. p. 313.

(42) C.E., 11 avril 1919, Gachies, Rec. 366, C.E., 22 décembre 1922, Bizet, Rec. 987 : communication des pièces par le juge, C.E., 11 octobre 1963, « Association des amis du Site de Clagny », concl. Braibant, A.J.D.A., 1964, p. 55 : délais nécessaires au requérant pour prendre communication de certaines pièces.

tives (43) ; elles ont fixé les pouvoirs du juge sur le procès tant en première instance qu'en appel; elles ont enfin dégagé un certain nombre d'obligations auxquelles doivent satisfaire les juridictions pour que leurs jugements soient valides : c'est l'obligation de statuer sur tous les problèmes de droit contenus dans les conclusions des parties (44) ; c'est également celle de motiver, dans certaines conditions, les décisions juridictionnelles (45). Ces règles techniques beaucoup plus nombreuses que ne le laisse entendre l'énumération précédente qui n'a aucun caractère exhaustif, introduisent une certaine discipline dans le travail des juridictions et ont pour objet essentiel de sauvegarder les intérêts des parties et de faciliter le contrôle des juridictions supérieures; tout en étant importante, l'influence des règles générales n'est pas déterminante sur le développement de la procédure administrative contentieuse.

260. — Les règles générales ne font que reprendre, de façon expresse ou implicite, des dispositions du Code de Procédure civile. Cette origine explique le caractère technique des institutions qu'elles réglementent, mais n'altère en rien l'autonomie de la procédure administrative (46). Certaines voies de recours ou de rétractation, avant d'accéder au rang de principe général, répondaient à la qualité de règle générale de procédure et constituaient une application de techniques précises du droit judiciaire privé. L'opposition fut, à la fin du XIX[e] siècle, régie par les articles 162 et 455 du Code de Procédure civile (47), alors que la tierce-opposition, à la même époque, était « ouverte conformément à la règle générale posée par l'article 474 » (48) du même Code. L'éloignement de la règle générale, par rapport à l'institution judiciaire dont elle permettait l'extension en procédure administrative, lui fait fréquemment perdre sa qualité primitive. Elle devient alors un principe général de procédure.

(43) C.E., 12 mars 1924, Sté des Ets Grammont, Rec. p. 285 ; C.E., 8 juillet 1925, Pujol, Rec. p. 649 ; C.E., 30 juillet 1927, Allier, Rec. 868.

(44) C.E., 8 août 1919, Delacour, S. 1922.III.62 : Interdiction de se prononcer sur des conclusions ou des points dont le juge n'était pas saisi. Ce rappel fut adressé seize fois à la Commission supérieure des bénéfices de guerre (HEURTE, *op. cit.*, p. 6), C.E., 4 mars 1925, Le Der, Rec. 227 ; sur la question dans son ensemble, voir *infra*, II[e] partie : « l'obligation faite au juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel », p. 445.

(45) C.E., 7 mai 1952, Goussi, Rec., p. 227 ; C.E., 9 novembre 1956, Pouillon, Rec. p. 423 ; C.E., 6 juillet 1962, Tomboros, R.D.P., 1962, p. Rec. p. 214 ; C.E., 27 janvier 1960, Claverie, R.P.D.A., 1960, n° 34.

(46) Voir *supra*, « Les règles d'élaboration des principes généraux de procédure », pp. 168 et s.

(47) Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe général de l'opposition », pp. 341 et s.

(48) C.E., 29 mars 1912, concl. Blum, Rec. p. 1128, note Hauriou, S. 1914.3.33. Voir *infra*, pp. 349 et s., des arrêts plus anciens. Aujourd'hui la règle générale est devenue un principe général. Cela ne signifie pas que l'opposition et la tierce-opposition fussent des règles générales de procédure, mais simplement que leur mise en œuvre (condition de recevabilité, pouvoirs du juge, etc.) étaient réglementées par elles. Voir *infra*, II[e] partie, pp. 337 et s.

Parce que les règles générales « n'hésitent pas à rentrer dans les détails » M. Heurté estime, à juste titre, qu'avec elles, « le Conseil « d'Etat exerce un pouvoir réglementaire à l'intérieur de l'ordre des « juridictions placées sous son contrôle et il se comporte... comme « un supérieur hiérarchique » (49). La règle générale est donc une technique judiciaire précise adoptée par le juge administratif. Elle est également applicable devant l'ensemble des juridictions administratives.

2) *Les règles générales de procédure sont applicables par l'ensemble des juridictions administratives, sous réserve de leur organisation.*

261. — C'est *parce que les règles décrites sont applicables par l'ensemble des juridictions administratives qu'elles sont dites « générales »*. Le fait de dire qu'elles sont de simples techniques procédurales mineures, n'est donc pas contradictoire avec le qualificatif « général » qui leur est adjoint. Cet adjectif n'est pas relatif au contenu de la règle, mais à son champ d'application (50). Ces règles non écrites facilitent donc, au même titre que les principes généraux de procédure, l'unité de la procédure en s'appliquant à toutes les règles juridictionnelles.

Mais les destinataires de ces règles non écrites ne sont pas les mêmes. Les règles générales de procédure, sauf exceptions limitées, ne s'adressent qu'à la juridiction et non pas aux plaideurs ou aux autorités administratives (51). Elles sont là pour parer certaines défaillances de la juridiction et organiser son travail afin d'en rendre le contrôle plus aisé. Tel est le sens, par exemple, des règles relatives à la motivation. Cette caractéristique des règles générales de procédure mérite d'être soulignée, car elle montre le *rôle purement éducatif* qui leur est assigné.

262. — Contrairement à ce qui est affirmé parfois, l'expression du Conseil d'Etat pour lequel une règle générale n'est applicable devant toutes les juridictions que si elle « *n'est pas inconciliable avec leur organisation* » n'est pas une clause stylistique dénuée de portée réelle. Il est, en premier lieu, des institutions, telle la requête civile, qui n'ont pas été introduites en procédure administrative parce que les articles 480 et suivants du Code de Procédure ont paru incompatibles avec l'organisation des juridictions administratives (52). En

(49) HEURTE, *op. cit.*, p. 8.

(50) Dans ce sens, voir HEURTE, *loc. cit.*, p. 8 : « Ces règles sont générales en ce sens qu'elles s'appliquent dans le silence des textes, à l'ensemble des juridictions. »

(51) Dans ce sens, HEURTE, *loc. cit.*, p. 8. Pour cet auteur la seule règle destinée aux plaideurs et non à la juridiction fut celle posée par l'arrêt du 20 janvier 1938, Bouix, Rec. p. 6.

(52) C.E., 4 mars 1955, dame Veuve Sticotti, concl. Jacomet, R.D.P. 1955, p. 676.

second lieu, certaines règles générales de procédure ne sont pas observées par quelques juridictions parce que leur organisation s'y oppose : tel fut le cas, à une certaine époque, de la tierce-opposition (53) et de la représentation par avocat devant les assemblées juridictionnelles (54). L'obligation de motiver n'a pas la même portée devant toutes les juridictions (55). Les règles relatives à la communication des pièces ne sont pas appliquées avec la même rigueur devant certaines juridictions et à l'occasion de certains contentieux (grande voirie). Sous réserve de ces exceptions, les règles générales s'imposent à l'ensemble des juridictions administratives.

3) *Les règles générales de procédure sont des règles interprétatives de valeur infra-décrétale.*

263. — Si l'ensemble des auteurs est d'accord pour considérer avec le Conseil d'Etat que les règles générales sont des règles interprétatives de valeur mineure, certaines difficultés surgissent au moment de déterminer leur portée réelle et les raisons pour lesquelles elles n'ont plus, aujourd'hui, l'autorité législative qui leur aurait été autrefois reconnue.

264. — *Les règles générales de procédure sont des règles interprétatives.* Le Conseil d'Etat, n'ayant édicté les règles générales qu'à des fins éducatrices et moralisatrices, il n'a pas entendu contraindre par elles les autorités législatives ou réglementaires (56). Les règles générales n'ont été créées que pour parer l'absence de textes organisant la procédure devant certaines juridictions (57). Sauf une exception limitée « les règles générales s'adressent au juge, jamais aux plaideurs » (58). C'est pourquoi une valeur mineure suffira à assurer l'application des règles générales qui s'effaceront devant toute réglementation écrite.

265. — *La valeur infra-décrétale des règles générales de procédure.* On a prêté aux règles générales de procédure une valeur éminente pendant longtemps, affirmant qu'elles avaient perdu leur force

(53) C.E., 14 mars 1924, « Sté de Navigation à vapeur du Lloyd de Trieste », Rec. p. 305 (inapplication devant le Conseil des prises maritimes).

(54) C.E., 21 mars 1950, dame Slaiher, S. 1950.III.76, voir *infra*, « Les droits de la défense », pp. 424-426.

(55) Voir *infra*, II[e] partie : « Le principe général de l'obligation faite au juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel », pour les Conseils de révision l'obligation de motiver est moins absolue que pour les autres juridictions, conclusions Mayras, sur C.E., 23 décembre 1959, Gliksman, A.J.D.A., 1960.II.170.

(56) A l'origine, le Conseil d'Etat a probablement souhaité que les règles générales de procédure aient valeur législative (voir concl. Corneille sur C.E., 20 juin 1913, Téry, Rec., pp. 736 et s.). Il y a rapidement renoncé et n'a reconnu une valeur législative qu'aux règles qui sont devenues des principes généraux de procédure.

(57) Dans ce sens, Fournier, concl. précitées. Certaines réserves sont émises par M. Drago, note précitée.

(58) M. Heurte, *op. cit.*, p. 8.

législative avec la Constitution de 1958. Il est possible de montrer qu'elles n'ont, en réalité, jamais eu une telle autorité.

266. — 1) La formule : « Les règles générales de procédure dont « l'application n'a pas été écartée par une disposition législative « expresse » n'a jamais signifié que les règles générales étaient comparables à la loi.

Cette expression s'explique par la nature même des règles générales. N'étant que des règles interprétatives, les règles générales ne s'appliquent qu'à défaut d'une disposition écrite régissant l'institution qu'elles réglementent. Elles ont une « simple valeur d'interprétation » (59) et elles s'effaceront naturellement devant une réglementation de la procédure. Jusqu'en 1958, la procédure relevait du domaine législatif. L'application d'une règle générale était alors subordonnée à l'intervention du législateur; désormais, en vertu des modifications constitutionnelles de 1958, la procédure administrative est matière réglementaire et un décret suffit à provoquer l'inapplicabilité d'une telle règle.

267. — 2) *C'est toujours au regard des dispositions écrites que le Conseil d'Etat a vérifié la validité d'une règle générale de procédure* (60). La situation inverse ne s'est pratiquement jamais produite (61).

Cette méthode de confrontation des règles juridiques peut être illustrée par l'arrêt Chaumet (62). Le Conseil d'Etat rappelle qu'au nombre des règles générales s'imposant à la Commission supérieure de surveillance et de contrôle des soins gratuits figure celle d'après laquelle « le juge d'appel ne peut être saisi que des faits qui ont été portés devant les premiers juges ». La Haute juridiction administrative compare ensuite l'économie de cette règle aux dispositions de la loi du 31 mars 1919 et du décret du 25 octobre 1922 pour savoir s'ils « n'ont apporté aucune dérogation à ladite règle ». Il suffisait donc qu'un acte réglementaire instituât une obligation différente pour que

(59) Conclusions Fournier, précitées, R.D.P., 1959, p. 1011.

(60) Heurte, *loc. cit.*, et Fournier, concl. précitées, pp. 1011-1012 ; *contra* Auby et Drago, n° 903 et Braibant, concl. précitées sur C.E., 23 janvier 1959, Drambure, Rec. p. 72. Ces auteurs estiment qu'il faut attribuer à la Constitution de 1958, la rétrogradation des règles générales de procédure au rang des normes de valeur infra-décrétales. Une telle interprétation méconnaît le sens qui était donné depuis fort longtemps à l'expression : « les règles générales s'appliquent, sauf disposition législative formelle... » (voir *supra*).

(61) M. Heurte cite un arrêt Brillaud (C.E., 25 juin 1948, Rec. p. 292) ; en l'espèce, le Conseil d'Etat a bien confronté les dispositions d'un décret par rapport au contenu de la règle générale (et non l'inverse), mais conclut, comme toujours, à la validité du décret.

(62) C.E., 4 novembre 1935, Chaumet, Rec. p. 1013 ; voir également, C.E., 1er mars 1935, Platon, Rec. p. 270 (décret limitant l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles) et C.E., 28 janvier 1936, Bouquier, Rec. p. 851.

la règle générale s'inclinât. Depuis 1958, la situation tolère encore moins la discussion (63).

La règle générale de procédure ne reçoit normalement application que dans le silence des textes et s'efface devant un acte réglementaire. Règle interprétative ou supplétive, elle impose à toutes les juridictions administratives l'observation de certaines dispositions procédurales purement techniques.

B. — Comparaison entre les règles générales et les principes généraux de procédure.

268. — La notion de règle générale de procédure permet de repousser toute assimilation globale ou partielle des règles générales aux principes généraux de procédure. Les termes mêmes de « règle » et de « principe » suffiraient à les distinguer. Apparus à la même époque dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, ils traduisent l'un et l'autre une idée différente.

Le mot *principe* était employé au début du XX^e^ siècle surtout par métaphore et reflétait l'ambition du juge d'instaurer un ordre juridique idéal induit tant des conceptions du droit naturel que de textes précis (64). Comparé au concept précédent, le terme de règle n'avait pas, dans l'esprit du juge, la même force. La *règle* signifiait plus humblement un ensemble de prescriptions servant à régir et à diriger l'action des juridictions administratives. Le « principe » était à la philosophie juridique ce que la « règle » était à la technique juridique. Le principe général (du droit ou de la procédure) a perdu sa signification originaire, mais il n'en demeure pas moins que les principes évoquent toujours l'idée de ce qui est fondamental. Les différences terminologiques rejaillissent sur la nature même des normes étudiées dont on peut rechercher les éléments distinctifs.

269. — 1) *Les éléments distinctifs.* Les éléments qui séparent les règles générales des principes généraux sont au nombre de trois :

270. — a) *Les règles générales sont des institutions techniques et mineures, les principes généraux englobent au contraire des institutions procédurales beaucoup plus larges.*

C'est ainsi qu'une règle générale peut déterminer les pouvoirs du juge à l'occasion d'une instance, alors que le principe général prévoit l'existence même de cette instance. Le droit d'appel est un principe

(63) Depuis quelques années la formulation du Conseil d'Etat n'est pas la même. L'application de la règle générale n'est possible que « lorsqu'elle n'a pas été écartée par un texte ». C.E., 13 juillet 1963, Cassel, Rec. p. 467 (les jugements « doivent contenir notamment l'analyse des conclusions des parties et l'argumentation développée par ces dernières »). Voir également, C.E., 13 février 1963, Brasset, Rec. p. 91.

(64) Voir *supra*, « le développement historique des principes généraux de procédure », pp. 26-31.

général (65) tandis que les pouvoirs du juge (66) d'appel sont déterminés par certaines règles générales de procédure. Cette remarque sur la nature des règles non écrites n'a pas un caractère absolu. Il existe des principes généraux de procédure dont la fonction est limitée (67) mais, en revanche, on ne trouve pas de règle générale de procédure englobant toute une institution.

270 *bis.* — b) *Les règles générales de procédure sont des règles purement interprétatives, les principes généraux sont des règles normatrices.*

C'est sur ce point que s'opposent le plus les deux types de règles non écrites. L'absence de texte a facilité la création et imposé l'application de règles générales de procédure à de nombreuses juridictions administratives. Le caractère obligatoire du principe général de procédure est en revanche, beaucoup plus étendu. Son observation s'impose non seulement aux juridictions et aux justiciables, mais également à toutes les autorités administratives (68). Ayant valeur législative (69) il entre fréquemment en conflit avec la loi.

Mais n'arrive-t-il pas à des règles générales de procédure de bénéficier d'une autorité comparable à celle du principe ? A en croire certains auteurs, la question pouvait être posée avant la Constitution de 1958 pour quelques unes parmi elles. Cette affirmation doit être repoussée pour deux raisons :

— Ils accordent le titre de règles générales de procédure à des institutions qui ont reçu du Conseil d'Etat la qualification souvent explicite de principe général de procédure (70). Même le principe du recours pour excès de pouvoir de l'arrêt dame Lamotte a été victime de cette rétrogradation ! (71).

— Avant comme après 1958, les techniques procédurales dénommées règles générales de procédure par le Conseil d'Etat, se sont toujours inclinées devant les règles écrites (72).

271. — c) *Les règles générales de procédure sont des transpositions,* normalement directes, *d'institutions judiciaires* dans la procé-

(65) C.E., 4 février 1944, Vernon, concl. Chenot, R.D.P. 1944, pp. 176 et s., note de Soto, Rec. Penant, 1947, pp. 35 et s. Voir *infra,* II[e] partie, pp. 274 et s.

(66) C.E., 4 novembre 1935, Chaumet, précité, Rec. p. 1013.

(67) Les effets de l'acte d'appel sont organisés par des principes généraux de procédure : principe de l'effet non suspensif et de l'effet dévolutif. Voir *infra,* II[e] partie, p. 301.

(68) Voir *supra,* pp. 136 et s.

(69) Voir *supra,* pp. 140 et s.

(70) M. Heurte qualifie, tour à tour, de règles générales des principes reconnus formellement par le Conseil d'Etat : la liberté des défenses (C.E., 12 février 1958, Kouch, Rec. p. 102) et le caractère contradictoire de la procédure (C.E., 12 mai 1961, Sté La Huta, A.J.D.A., 1962, p. 56, obs. L.J.).

(71) C.E., 7 février 1950, Rec. p. 110. Voir *infra,* II[e] partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 212 et s.

(72) Voir *supra,* pp. 173-174.

dure administrative. Les principes généraux de procédure permettent, en revanche, l'application de textes et d'institutions multiples : institutions originairement régies par le Code de Procédure civile dont il n'est jamais fait un usage servile par les principes généraux de procédure; textes applicables soit au Conseil d'Etat, soit aux tribunaux administratifs, etc. Le recul du principe général par rapport aux textes de référence est souvent beaucoup plus grand que la distance qui sépare les règles générales de procédure des dispositions du Code de Procédure civile.

272. — 2) *Les difficultés de la distinction.* On a reproché à certains auteurs d'appeler règles générales de procédure certains principes généraux, alors que le Conseil d'Etat leur avait expressément reconnu cette dernière qualité. Mais à l'inverse, il est des règles générales (le Conseil d'Etat les qualifie parfois simplement de « règles ») qui, en réalité, sont de véritables principes généraux de procédure.

Ne pourrait-on pas penser, dans ces conditions qu'il existe deux types de règles générales de procédure : celles qui sont des règles purement interprétatives et celle qui ont valeur législative ? Ce serait réduire la réalité à une expression trop simple et inexacte, car le Conseil d'Etat a réellement créé deux catégories distinctes de règles procédurales non écrites : Les règles générales et les principes généraux. Le partage entre les deux est, dans la grande majorité des cas, facile à respecter, sauf en ce qui concerne certaines voies de recours ou de rétractation (opposition, tierce-opposition, recours en rectification et erreur matérielle) et les effets de l'acte d'appel (effet dévolutif et non suspensif). Ces institutions procédurales, qualifiées à tort de règles générales, disposent de tous les caractères des principes généraux de procédure et ne portent pas atteinte à la théorie des règles générales de procédure pour deux raisons :

En premier lieu, le juge ne les a, sauf exception, jamais qualifiés de règle générale de procédure, mais de « principe » ou de « règle », sans leur adjoindre un quelconque qualificatif. Cette discrétion, certainement volontaire, marquait le désir de ne pas se prononcer irrévocablement sur la nature de ces institutions.

En second lieu, lorsque ces institutions furent qualifiées de règles générales de procédure, elles le furent dans des conditions particulières :

1) Le Conseil d'Etat le fit à une époque assez ancienne où la notion de principe général de procédure n'était pas encore complètement dégagée et où les règles générales de procédure paraissaient avoir valeur législative (73).

2) A l'origine, ces institutions étaient encore assez proches du Code de Procédure civile, source normale, sinon unique, des règles

(73) C.E., 29 novembre 1912, Boussuge, concl. Blum, Rec. p. 1135 (tierce-opposition).

générales de procédure, mais se séparèrent rapidement de cette emprise originaire, perdant ainsi la qualification qui y était rattachée.

3) Le titre de règle générale de procédure résultait, dans les derniers cas, d'un malentendu : le juge ne qualifiait pas de règle générale certaines institutions procédurales non écrites (telles que le recours en rectification d'erreur matérielle) mais seulement certaines de leurs modalités d'application (74).

Toutes ces raisons permettent de maintenir la distinction proposée entre règle générale de procédure, simple règle indicative, et principe général de procédure, règle obligatoire.

§ 4. — Les principes généraux de procédure et la coutume procédurale.

273. — Le rapprochement entre les principes généraux et la coutume a parfois été esquissé, mais ne peut servir qu'à renforcer l'originalité et la séparation de ces deux sources non écrites du droit. Le degré de spontanéité qui caractérise chacune d'entre elles est si différent que toute assimilation des deux notions est vouée à l'échec. Il est nécessaire de repousser l'idée selon laquelle les principes généraux auraient pour base (75) ou seraient la formulation moderne de la coutume.

Les éléments constitutifs de la coutume sont assez éloignés de ceux des principes généraux de la procédure. Les composantes de la coutume se résument à la préexistence d'un usage répété et à la constatation par lejuge de cet usage (opinio juris sev necessitatis) (76). Préexistence d'une règle et intervention du juge qualifient également le principe général de procédure, mais selon une combinaison différente. L'existence d'un certain nombre de textes législatifs, généraux ou particuliers, permet au juge de décider la création d'un principe général de procédure de valeur législative. Chacun des termes de la

(74) Voir *infra*, II[e] partie, p. 354, l'article 474 du Code de procédure civile n'était relatif, en réalité, qu'aux conditions de la recevabilité de la tierce-opposition.

(75) La coutume ne peut être considérée à aucun moment comme base des principes de procédure. L'inexistence de la coutume administrative apparaît comme une donnée jurisprudentielle certaine (voir *supra*, p. 95). Si la coutume n'est pas une source immédiate des principes généraux de procédure ne serait-elle pas, cependant, par l'intermédiaire des principes généraux de droit (qui servent de fondement à certaines règles procédurales) une source médiate. Les principes du droit public peuvent avoir des interférences étroites avec la coutume, alors que les principes de procédure en sont dépourvus. Le champ d'application des Principes d'origine constitutionnelle (qui tirent leur autorité d'une coutume constitutionnelle) n'est pas celui de l'organisation contentieuse (voir *supra*, pp. 94 et s.). Le principe du domaine traditionnel de la loi, celui des pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire, n'ont aucune répercussion (directe ou indirecte) sur l'activité contentieuse qui régissent les principes généraux de procédure (voir *supra*, p. 54).

comparaison oppose, davantage qu'il ne les rapproche, les deux notions : usage matériel, d'une part, texte législatif, d'autre part. Dans un cas, il y a *constatation* par le juge d'une règle obligatoire, de nature coutumière, dans l'autre, *création* par le juge d'une règle obligatoire d'une nature nouvelle, le principe général de procédure. En résumé, par la coutume, le juge constate un usage alors qu'avec le principe il crée une règle nouvelle (77).

§ 5. — Les principes généraux de la procédure et les autres règles jurisprudentielles (78).

274. — Toutes les règles spontanées, senvisagées jusqu'ici, sont d'origine jurisprudentielle. C'est à sa souplesse remarquable que la règle jurisprudentielle doit des créations aussi diverses que la coutume et les principes généraux de la procédure. La notion de règle jurisprudentielle mérite d'être définie avant que ne soit envisagé le caractère normatif de chaque élément de la règle jurisprudentielle; ainsi apparaît davantage l'originalité des principes généraux de procédure.

(76) Le doyen Gény résumait ainsi les éléments de la coutume : « L'un de nature matérielle, un long et constant usage ; l'autre, d'ordre psychologique, la conviction d'une sanction juridique, spécifiant et qualifiant l'usage comme coutume obligatoire. » F. Gény, « Méthodes d'interprétation des sources du droit privé positif », L.G.D.J. 1929, T. II, p. 356.

(77) L'*opinio juris* de la coutume est très différente de celle des principes généraux de procédure. Il puisa sa substance dans une croyance collective qui s'analyse en phénomène social plus ou moins constant alors que celui du principe général prend racine dans la conscience nationale et la nature des choses, phénomènes juridiques constants. Dans les deux cas l'*opinio juris*, qui repose sur les données de nature différente, engendre des conséquences dissemblables. Celle de la coutume est inapte à créer. Le juge constate que la pratique du fait coutumier constitue un caractère de nécessité (*opinio necessitatis*) (Gény, *op. cit.*, pp. 318-325). C'est la *nécessité* qui impose au juge la reconnaissance de la coutume, laquelle demeure un élément étranger à sa volonté. L'*opinio juris* du principe général de la procédure ignore, en revanche, l'*opinio necessitatis*. Les nécessités et les besoins de la vie juridique ne commandent pas impérieusement au juge d'agir dans un sens déterminé. Avec les principes généraux de procédure il fait un acte volontaire de création et non de reconnaissance. Le principe du recours pour excès de pouvoir dégagé formellement par l'arrêt dame Lamotte (C.E., 17 février 1950, précité, p. 478) ou celui du double degré de juridiction de l'arrêt Vernon (C.E., 4 février 1944, R.D.P. 1944, p. 178) n'étaient pas extérieurs au juge. Dans le premier cas, les recours gracieux assuraient une certaine garantie de légalité, dans le second, le recours en cassation restait ouvert aux parties dont les intérêts n'avaient pas été retenues par le juge du fond. Une volonté unificatrice du droit a guidé le juge dans l'élaboration du principe à partir de textes préexistants.

(78) Voir sur cette question, MM. Maury et Dupeyroux, *loc. cit.*, *supra*, p. 92.

(79) M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in* « Hommages à G. Scelle. La technique et les principes de droit public », L.G.D.J., 1950, T. 2, pp. 613-632.

A. — La notion de règle jurisprudentielle.

275. — Pour percevoir l'originalité des règles jurisprudentielles, il importe de définir le terme de « jurisprudence » qui recouvre au moins deux concepts :

Entendue dans son sens le plus large, la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions rendues par une juridiction (79). Chacune des décisions jurisprudentielles bénéficie de l'autorité relative de la chose jugée et crée un précepte, indiquant au justiciable la conduite à tenir (80).

Dans une acceptation plus étroite, le terme jurisprudence recouvre « la série de décision ayant statué sur une question déterminée « avec une concordance et une continuité telles que se crée chez les « justiciables la conviction qu'une difficulté semblable qui naîtrait « recevrait la même solution » (81). Envisagée sous cet angle, l'autorité relative de la chose jugée qui découle de chaque décision dépasse largement le cadre qui lui était imparti dans la définition précédente. La série de décisions dispose d'une autorité de fait qui a par elle-même un effet normatif. Cette seconde définition qui met l'accent sur l'effet créateur des actes juridictionnels est la plus intéressante pour mener à bien la comparaison tentée ici.

276. — La règle jurisprudentielle est composée de quatre éléments pour chacun desquels l'intensité créatrice est variable : la situation nouvelle créée à l'égard des parties (ou acte juridictionnel), le précédent jurisprudentiel, la construction jurisprudentielle en dehors de tout texte, et le principe général. L'effet juridique créateur le plus élevé est celui des principes généraux de la procédure.

B. — Le caratère normatif variable de chaque élément de la règle jurisprudentielle.

276 *bis*. — Le pouvoir normatif de la jurisprudence est-il celui-là même qu'évoquent les principes généraux de procédure qui sont des règles d'origine jurisprudentielle ? Une démarche apparemment logique conduit à faire partager à la jurisprudence le même sort qu'aux principes généraux de procédure. Ils sont une expression jurisprudentielle qui ne mérite pas d'être différenciée systématiquement des autres manifestations des organes juridictionnels. Si, à l'instar de Duguit, on refusait à la jurisprudence toute valeur normative, les principes généraux de procédure, à moins qu'ils ne fussent que le résultat d'une contestation particulière du juge, n'auraient aucune valeur créatrice. A cette construction illusoire, il faut préférer celle qui reconnaît un pouvoir créateur à la jurisprudence (82). Les décisions de justice sont

(80) Kelsen, *op. cit.*, p. 318.

(81) Ripert et Boulanger, « Traité de droit civil », T. I, n° 224.

(82) Cf. *supra*, p. 179, et références bibliographiques citées.

alors, à la fois, des règles d'application du droit (caractère déclaratif) et de création du droit (caractère normatif) (83).

Mais les principes généraux n'auront-ils pas ainsi la valeur reconnue à chacune des règles jurisprudentielles ? L'étude de chaque élément de la règle jurisprudentielle montre la gradation de l'effet normatif.

277. — 1) *L'acte juridictionnel.* Chaque décision ou acte juridictionnel dispose d'un caractère créateur dont le degré de concrétisation et d'individualisation est élevé. Un ensemble de décisions jurisprudentielles apporte des solutions aux cas particuliers soumis au juge et chacune des décisions bénéficie de l'autorité relative de la chose jugée.

278. — 2) *Le précédent jurisprudentiel.* Par la série de décisions ou la répétition d'actes juridictionnels, le juge a donné au syllogisme judiciaire un contenu particulier. Le juge, chargé d'appliquer à des cas concrets assez semblables, une législation générale, ne s'est contenté ni d'une application ni d'une constatation servile des textes : il les a interprétés, c'est-à-dire qu'il les a soumis à des adjonctions ou déformations plus ou moins importantes. L'application future des textes à des litiges postérieurs se fera nécessairement à la lumière de leur interprétation antérieure. C'est cette *interprétation* qui constitue le caractère normatif du précédent jurisprudentiel. La responsabilité sans faute en droit civil et en droit administratif s'analysent de cette façon : la constatation d'un certain nombre d'espèces et de procès semblables a conduit à une création.

Dans les deux derniers éléments de la jurisprudence, la création prend le pas sur la constatation qui caractérisait la décision juridictionnelle et le précédent jurisprudentiel.

279. — 3) *La théorie jurisprudentielle.* Lorsqu'il élabore une théorie jurisprudentielle (84), le juge procède *ex nihilo* ou à partir de textes si fragmentaires que sa jurisprudence est une création complète. Elle est révélatrice d'un pouvoir normatif intense et s'appliquera à tous les cas particuliers présentant une identité avec ceux qui ont donné naissance à la théorie. L'action de *in rem verso,* et celle de l'abus du droit (85) constituent des constructions créatrices, source de droit pour l'individu.

280. — 4) *Le principe général de procédure.* L'élaboration du principe général de procédure représente une œuvre jurisprudentielle originale par sa nature et ses caractères. *L'analogie,* rencontrée dans les éléments jurisprudentiels précédents, joue pour les principes avec une rigueur particulière. *Le juge induit de solutions particu-*

(83) KELSEN, *op. cit.*, p. 321.

(84) Cf. *supra,* pp. 288-289. Hauriou qualifiait certaines de ces constructions « principes d'équité », *op. cit.*, pp. 308-309, cf. *supra,* p. 57.

(85) Cf. *supra,* pp. 59 et s.

lières un principe général, transcende les dispositions législatives déjà existantes pour en faire des principes. La décision de créer l'emporte sur tout autre facteur parce que le juge entend se séparer (pour la dépasser et la surmonter) de la jurisprudence antérieure. La volonté délibérée du juge de rompre avec une tradition jurisprudentielle insuffisante donne aux principes généraux une place particulière dans l'activité jurisprudentielle. Bien que dans leurs conclusions, les commissaires du gouvernemen ttentent de démontrer que le Conseil d'Etat ne crée pas les principes généraux, mais qu'il les constate, ils admettent le caractère transcendantal des principes (86).

Le principe est la seule règle d'origine jurisprudentielle qui lie son auteur, le juge, de la même façon que si elle lui était étrangère.

La notion de règle jurisprudentielle recouvre donc quatre éléments distincts, mais non contradictoires, qui bénéficient d'un pouvoir normatif variable et que l'on peut énumérer dans leur ordre créateur croissant : la situation nouvelle créée à l'égard des parties, le précédent né de l'interprétation jurisprudentielle, la construction jurisprudentielle en dehors de tout texte et le principe général de procédure (ou de droit) induit des textes préexistants (87).

281. — *Le principe général de procédure est une règle jurisprudentielle particulière qui bénéficie d'un pouvoir juridique créateur très grand.* Le caractère général et obligatoire, la permanence du principe, le distinguent des autres règles jurisprudentielles. Mais c'est cette origine jurisprudentielle qui interdira toute assimilation du principe à la règle juridique écrite.

Sous-Section II

LES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURE ET LA REGLE ECRITE

282. — Il existe une identité apparente entre la loi écrite et le principe général de procédure, au moins quant au régime des actes administratifs qui entrent en contradiction avec eux. Le juge de l'excès de pouvoir annule indistinctement sur la base de la « viola-

(86) C.E., 17 février 1950, dame Lamotte, concl. Delvolvé, R.D.P. 1950, p. 479.

(87) Comment distinguer par ailleurs le principe général des autres règles jurisprudentielles ? En dehors de leur intensité créatrice variée, M. Jeanneau (*op. cit.*, p. 242) les a opposés sur deux autres points qui nous paraissent secondaires :

1° « La règle jurisprudentielle est spéciale, le principe est général. » L'auteur a systématisé une tendance réelle mais la généralité du principe n'est pas infinie en procédure. Le principe s'applique à toutes les juridictions administratives, la règle jurisprudentielle à toute une catégorie d'individus se trouvant dans une situation identique. Au terme de général, il faut préférer celui d'obligatoire. Le

tion de la loi » les actes administratifs incompatibles avec l'un ou l'autre (88). Par cette motivation, le Conseil d'Etat entend-il montrer que le principe général a valeur législative et qu'il est « *assimilable* » à la loi écrite ? (89).

En réalité, le principe général de procédure présente, avec la règle écrite (supposons la loi), la plupart des différences qui existent entre celle-ci et la règle jurisprudentielle (90).

Les principes généraux de procédure ont une valeur qui se situe au plan de la loi écrite (générale et claire) (91) mais la comparaison faite n'entraîne aucune assimilation, aucune identification, aucune fusion; elle fait, au contraire, apparaître des règles législatives différentes : la comparaison, entre la règle écrite et la règle non écrite, n'est fructueuse que si l'on rejette le dogme de la loi formelle. On voit alors apparaître plusieurs types d'actes ayant valeur législative chacun d'entre eux présentant une certaine originalité.

A. — L'incompatibilité entre le dogme de la loi formelle et l'existence des principes généraux.

283. — On ne peut, à la fois, soutenir que les principes généraux sont « assimilables » à la loi et prétendre qu'il n'existe qu'un critère formel de la loi.

C'est pourtant à ce résultat qu'aboutit la doctrine française. Résumant l'attachement des juristes au principe de la loi formelle ou organique, le doyen Vedel a écrit : « Dans notre droit public, le terme de « la loi, dans son sens strict, est défini de façon purement formelle :

principe est la seule règle jurisprudentielle qui lie son auteur. C'est ainsi qu'elle devient une règle générale.

2° « La règle jurisprudentielle est instable, le principe est permanent. » Un tableau comparatif illustrerait parfaitement ce mouvement constaté par M. Jeanneau. La règle jurisprudentielle ordinaire est par essence évolutive.

(88) M. Waline critique cette attitude du Conseil d'Etat et propose une distinction entre violation de la loi (formelle) et « violation de la règle de fond » ; la dernière caractériserait la violation des principes généraux. Cf. « les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. R.D.P., 1959, pp. 699-716 et s., pp. 711-712. Cf. *supra*, pp. 38-42 et spécialement p. 42, « Le pouvoir normatif du juge et le législateur ».

(89) C'est ce qui pourrait être conclu de la jurisprudence, « Syndicat des Propriétaires de Forêts de chênes-lièges d'Algérie » (C.E., 7 février 1958, concl. Grevisse, A.J.D.A., 1958.II.130), *contra*, l'analyse faite de cet arrêt, voir *supra*, pp. 134 et s., « les principes généraux de procédure et la loi ». La Constitution du 4 octobre 1958 rend également abusive toute assimilation (voir de Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », 3e éd., T. I, pp. 200-201. Voir également, *supra*, p. 135). La subordination des règlements de l'article 37 aux principes généraux ne doit pas faire oublier leur indépendance relative. (Voir *supra*, p. 121), par rapport à la loi formelle. Le pouvoir autonome ne pourrait être à la fois soumis et indépendant de normes identiques ou « assimilables ».

(90) L'intensité créatrice plus développée que représente le principe par rapport aux autres règles jurisprudentielles exercera cependant une certaine influence sur les termes de la comparaison (voir *supra*, p. 181).

(91) Voir *supra*, « Les principes généraux de procédure et la loi », pp. 130 et s.

« est loi, l'acte fait par les organes exerçant le pouvoir législatif et « selon la procédure législative » (92). M. Cotteret (93) prétend que le monopole parlementaire, en matière législative, est l'un des principes les plus contraignants de la démocratie et de l' « Etat socialisant ». C'est à ce titre qu'il répudie tout autre critère et même toute adjonction au critère formel lequel se confond avec l'idéal démocratique de notre pays. Cette affirmation est contredite par les faits. L'exclusivisme législatif, conféré au Parlement, constituait déjà une contradiction à l'époque où Carré de Malberg s'en faisait l'ardent défenseur (94).

Mais comment concilier le principe du monopole législatif du Parlement et le fait que certaines règles, non parlementaires, ont valeur législative ? Le dogme de la loi formelle qui entraîne comme corollaire celui de la primauté de la loi sur toutes les autres sources du droit est difficilement soutenable (95). L'assimilation, entre la loi et les principes généraux de procédure, ne peut être alors qu'une façade qui cacherait une domination de la règle assimilée par la règle assimilante. Pour échapper à ce dilemme, il resterait de donner aux principes une valeur supralégislative. L'affirmation ferait naître une contradiction nouvelle, supplémentaire. En effet, si le principe général, œuvre du juge, a valeur constitutionnelle, le législateur, représentant de la volonté générale, devra s'y soumettre et se plier à une règle qu'il n'a pas élaboré. En d'autres termes la volonté du juge l'emportera sur la volonté populaire. On aboutit ainsi à des conséquences opposées à celles que recherchaient Carré de Malberg et les défenseurs du critère formel de la loi. Au surplus, une telle thèse n'est pas conforme à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, notamment depuis les arrêts d'Aillières, Lamotte et Sté La Huta (96), affirmant la valeur législative des principes généraux de procédure.

Prêcher le dogme du formalisme législatif revient à nier l'existence des principes généraux de procédrue, ce que les défenseurs du critère formel ne songent pourtant pas à faire. Seule une conception matérielle de la loi écrite permet de sortir de cette impasse.

B. — Les critères de la loi matérielle et les principes généraux.

284. — Laband et Kelsen ont introduit, avec un certain succès dans la doctrine et la jurisprudence germanique, un critère matériel

(92) Vedel, « Droit administratif », coll. Thémis, T. I, p. 147.

(93) Cotteret, « Le pouvoir législatif en France », L.G.D.J., 1962, p. 24.

(94) Carré de Malberg, « La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875 », éd. Sirey, pp. 17-24 et 141-156. Le formalisme législatif n'a empêché à aucune époque le législateur de conférer certaines de ses compétences au gouvernement sous le seul contrôle réel du juge.

(95) Cf. *supra*, ch. 2, Section II, pp. 128 et s.

(96) Cf. *supra*, p. 102, C.E. d'Aillières, 7 février 1947, Rec. p. 40 ; C.E., 17 février 1950, Dame Lamotte, Rec. p. 110, C.E., 12 mai 1961, Sté la Huta, Rec. p. 313.

de la loi. « Légiférer, écrit Kelsen, c'est au sens propre, établir des règles juridiques générales ».

En droit public français, les actes législatifs sont émanés d'un certain nombre d'organes. La loi écrite, œuvre du Parlement ou du peuple, est comparable, sans être semblable, au principe général, création du juge administratif.

285. — 1) *Les actes de valeur législative en droit français.* Plusieurs organes peuvent être constitutionnellement habilités à faire des actes de valeur législative directement ou en vertu d'une délégation. Rejeté, pendant longtemps par les auteurs français, le critère matériel de la loi a pénétré en force dans notre droit positif sans attendre l'adhésion doctrinale. La Constitution du 4 octobre 1958 a détruit le mythe, déjà entamé (98), du monopole législatif du Parlement sur plusieurs points. En premier lieu, le législateur populaire a pris une place nouvelle dans les institutions politiques à la faveur de l'article II. En second lieu, le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 dispose par voie générale et impersonnelle dans des domaines législatifs par « nature » (99). Législatif au fond, réglementaire par la forme, le pouvoir de l'article 37 consacre définitivement l'éclatement de la loi formelle. *Peuple, Parlement et gouvernement, se partagent le pouvoir législatif.* Les actes, faits par eux, sont des règles générales. La Constitution énumère les organes auxquels elle confère le pouvoir de législation, mais son silence n'interdit pas un pouvoir normatif du juge (100). Il peut élaborer des principes qui seront des règles législatives matérielles. Une telle conclusion peut heurter certains esprits. Elle n'est cependant qu'une conséquence normale de la conception matérielle de la loi.

286. — 2) *Comparaison de la loi écrite et du principe général de procédure.* Les principes généraux sont des règles de portée générale à considérer au même plan que les règles écrites de nature et de valeurs comparables. Seule, leur élaboration les distingue fortement des lois écrites. Les autres différences ont une importance moins déterminante. Une simple énumération le prouve.

— Leur objet n'est pas absolument identique. Les principes et la loi s'appliquent bien à des rapports et des situations comparables,

(98) Le mouvement est déjà ancien. En 1917, le Conseil d'Etat jugeait : « Il appartient au chef de l'Etat en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer celles de mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées sur l'ensemble du territoire », C.E., 8 août 1919, Labonne, G.A.J.A., p. 147, Rec. p. 737. Le pouvoir législatif du Chef de l'Etat sous le régime de Vichy constitue un autre exemple de loi matérielle. Les actes du chef de l'Etat français portaient même le nom de « loi ».

(99) Cf. *supra,* pp. 147 et s.

(100) Nous verrons que le législateur le lui a interdit formellement lors des grandes codifications (art. 4 et 5 du Code civil). Mais cette législation est rapidement tombée en désuétude à cause des inconvénients majeurs qu'elle présente.

mais les principes ne comblent pas les lacunes que la loi a pour objet de faire disparaître (101).

— Le principe général est caractérisé par la généralité des situations qu'il réglemente alors que la loi a perdu, en grande partie, cette qualité et ne fait plus face qu'à des situations particulières.

— La règle du parallélisme des formes ne s'applique qu'à la loi écrite. Il n'existe pas d'exemple d' « abrogation » d'un principe général de procédure. La raison en est simple. Les fondements juridiques des principes et les textes législatifs qui permettent leur application n'ont pas été bouleversés au point que les principes généraux de procédure n'auraient plus aucune raison d'être (102). Seule, une transformation, complète et subite de l'état de droit, obligerait le juge à abroger des principes devenus incompatibles ou contradictoires avec un nouvel ordre juridique.

— La loi et le principe général de procédure ont presque la même autorité (103).

L'élaboration du principe général de procédure fait-elle de lui une règle *suis generis ?* Qualifier ainsi, une règle ou une institution procède souvent, d'une faiblesse et d'un refus d'accéder, à l'évolution du droit. La règle juridique a subi de nombreuses mutations, depuis 1789, sous les effets conjugés des pratiques parlementaires et des modifications constitutionnelles, d'une part, et des principes généraux, d'autre part. Il appartient au juriste d'en tenir compte. C'est pourquoi, sans ignorer les dangers que représente cette initiative, il est possible d'affirmer, autant que de le démontrer, que les principes généraux de procédure sont de *véritables lois matérielles.*

287. — Les différences minimes, existant entre la loi écrite et le principe général de procédure, ne doivent pas être surestimées, mais elles ne sauraient masquer l'importance fondamentale que représente l'élaboration originale de chacune des deux règles de droit. Il faut s'en tenir à une comparaison entre la loi écrite et le principe, véritable loi matérielle. Ces deux normes ont une valeur semblable mais ne sont pas, pour autant, assimilables (104).

Section II

LA DEFINITION DES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURE

288. — La comparaison faite, entre les principes généraux de procédure et les autres règles juridiques, a abouti à un résultat négatif

(101) Cf. *supra*, pp. 52-55.
(102) Cf. *supra*, pp. 166 et s.
(103) Cf. *supra*, pp. 131 et s.
(104) Cf. *supra*, pp. 134 et s.

qui permet de cerner, de plus en plus, la notion de principe général et d'échapper au syncrétisme qui déforme certaines théories relatives à ces règles. Le Principe n'est pas la formulation juridique de droits naturels, ni un prolongement exact du droit écrit. Il convient, maintenant, d'en donner une définition positive qui tienne compte de son élaboration, de son origine jurisprudentielle et de sa valeur législative.

Alors que, la plupart des auteurs dressent une liste homogène des principes généraux de procédure, ils n'en ont donné aucune définition rigoureuse. L'énumération des principes, faite par la doctrine, résulte plus d'une qualification intuitive du principe que d'une définition stricte qui varierait, d'ailleurs, en fonction des critères retenus.

Bien que tous les auteurs se réclament du critère qui inspire ou qu'exprime la jurisprudence, il n'existe pas de véritable critère jurisprudentiel du principe général. On n'enregistre pas, en apparence au moins, de concordance parfaite entre le critère qu'applique effectivement le juge et celui qu'il formule expressément. Ce divorce est imputable au fait que le juge crée et applique un grand nombre de principes généraux, mais n'a recours que pour quelques-uns d'entre eux au qualificatif de « principe général du droit » ou « principe général de procédure qui s'applique devant l'ensemble des juridictions » (105).

Deux critères principaux peuvent être retenus dès le premier abord : l'un formel, l'autre matériel (106) ou logique. Nous retiendrons le critère logique du principe général après avoir exposé et critiqué le critère formel qui ne peut aboutir à une définition satisfaisante (107).

§ 1. — Exposé et critique du critère formel.

289. — Selon une conception purement formelle, seraient principes généraux de procédure, les seules règles ainsi qualifiées, soit par le Conseil d'Etat dans ses arrêts, soit, à la rigueur, par les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions (108).

(105) Concl. Chenot, sous C.E., 4 février 1944, Vernon, R.D.P., 1944, p. 171 ; C.E., 18 mai 1961, Sté La Huta, Rec. p. 313.

(106) M. Eisenman envisage trois critères : le critère nominal (c'est celui que nous appelons « formel ») le critère logique (qui s'apparente sur critère matériel) et un critère mixte qui concilie les deux précédents : cf. *in* « Bibliographie » Analyse de la thèse de M. Jeanneau, R.D.P. 1955, pp. 798-808.

(107) Il faut noter que pour rechercher le critère du principe général de procédure, nous partons des critères qui ont pu être dégagés pour les principes généraux du droit. La transposition qui en résulte et les applications qui en sont faites ne se heurtent à aucune difficulté.

(108) Il est permis de remarquer dès à présent que le critère formel pose une première difficulté. Ses adeptes paraissent retenir indifféremment les principes qualifiés tels par le Conseil d'Etat et par les commissaires du gouvernement. Il n'existe semble-t-il d'identité parfaite entre les deux. Voir *infra*, pp. 189-190.

M. Letourneur, pionnier de l'étude systématique des principes généraux, décèle, dans l'évolution jurisprudentielle, l'existence de ce critère « nominal » ou formel. Si, à une époque antérieure à la seconde guerre, le Conseil d'Etat se bornait à « appliquer des prin- « cipes généraux... d'une manière plus ou moins voilée, maintenant « il les affirme, il les mentionne formellement » (109). Le catalogue, établi ensuite par M. Letourneur, s'en tient, dans une grande mesure, au critère retenu. L'auteur énumère les principes formulés expressément par le juge. Probablement inspiré par M. Letourneur, M. Jeanneau a été séduit, au moins dans la première partie de son ouvrage, par ce critère simple et précis. Il entend limiter le champ de ses investigations « aux principes généraux du droit qualifiés tel, soit par le « Conseil d'Etat dans les considérants de ces arrêts, soit par les com- « missaires du gouvernement dans leurs conclusions » (110). L'auteur a respecté, pendant un temps de choix, puis a perçu les difficultés de l'entreprise et débordé dans sa « théorie générale des principes généraux » (111), le critère primitif. La clarté et la rigueur apparente du critère formel ou nominal ont tenté d'autres auteurs qui ont opté, plus ou moins explicitement, pour lui (112).

290. — La liste des différents principes de procédure, reposant sur un critère formel, est facile à dresser. Elle comporte, d'une part, les règles qualifiées de « principes généraux de procédure » et, d'autre part, certains principes généraux du droit et de la compétence applicables en procédure contentieuse administrative. Les premiers sont fort peu nombreux. Les principes du caractère contradictoire de la procédure et de l'instruction et le principe selon lequel seule une partie à l'instance peut faire appel contre un jugement rendu en premier ressort, sont les seuls « principes généraux de procédure » (113). Des principes généraux du droit, plus anciens que les précédents, englobent la plupart des éléments de la procédure : principes du recours pour excès de pouvoir, du recours en cassation. Les droits à la défense, *pris in globo*, constituent également, depuis quelques années, un principe général composé lui-même de principes et de règles de procédure. A cette liste, il convient d'ajouter le secret des délibérés et l'obligation de rendre une décision juridictionnelle. Mais les défenseurs du critère formel ne s'en sont pas tenus à cette énumération que leur imposait pourtant le critère retenu. Ils découvrent des prin-

(109) M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », Et. et Doc. du Conseil d'Etat, 1951, p. 22.

(110) B. Jeanneau, *op. cit.*, pp. 5 et 194.

(111) *Op. cit.*, pp. 201-249.

(112) Cf. Auby et Drago, « Traité du contentieux administratif », T. 3, n°° 1146-47.

(113) La qualification en est discutée par M. de Soto, Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas en effet mentionné la « règle du double degré de juridiction » dans l'arrêt Vernon. Cf. *infra*, II[e] partie, p. 276. M. de Soto en conclut que l'on est en présence d'une règle de bonne justice et non d'un principe général de procédure, voir note de Soto, Rec. Penant, 1947, p. 35 et sous C.E., 4 février 1944, Vernon.

ciples plus nombreux, et des institutions qui, selon M. Jeanneau, « attendent, dans une atmosphère favorable à leur reconnaissance, une promotion au rang de principe général » (114).

291. — L'adoption d'un critère formel comporte des avantages multiples. La soumission aux volontés jurisprudentielles, clairement exprimées, offre un refuge sûr aux esprits épris de rigueur. Le critère formel est probablement le seul reflet incontestable de la politique du Conseil d'Etat et épargne aux principes les poussées inflationnistes que d'autres critères leur font subir. Des critères matériels, trop largement exploités, permettent d'extraire de toutes les règles législatives ou jurisprudentielles, des principes généraux de procédure. Ne risquent-ils pas de constituer, pour le juge, une voie trop facile de régler tout problème de procédure en opposant, à chaque argumentation de texte, l'existence d'une sorte de principe général vaguement formulé ? Le critère formel limite les extensions abusives des règles non écrites.

293. — Mais la pureté du critère formel ne résiste pas au double inconvénient qu'engendre une telle conception. Le critère formel n'est pas appliqué avec rigueur par ses défenseurs et délimite, arbitrairement, la notion de principe général.

294. — 1) *L'imprécision du critère formel.* Malgré sa rigueur apparente, le critère formel est imprécis par la formulation qui lui est donnée et les applications qui en sont faites.

Le critère formel prétend refléter parfaitement la volonté du juge. Or, il repose à la fois sur la formulation donnée par le Conseil d'Etat à certaines règles et sur les conclusions des commissaires du gouvernement. Ne sont-ce pas là deux bases de références différentes, car il arrive assez fréquemment que la formulation d'un arrêt diffère sensiblement de la qualification proposée dans les conclusions qui le précèdent ? La première qualité de rigueur, reconnue au critère formel, s'efface donc au profit d'une imprécision qui peut être grave.

Même les défenseurs du critère formel accordent le titre de principe général à des règles procédurales que le juge n'a jamais qualifiées de la sorte. C'est le cas du double degré de juridiction dont le caractère de principe est rarement contesté (115). Le Conseil d'Etat l'a pourtant qualifié de « règle ».

Dans une optique historique la faille, reprochée au critère formel, pose des difficultés insurmontables. Avant 1945, le juge n'avait consacré, explicitement, que quelques rares principes, mais

(114) M. Jeanneau ajoute à ces principes celui selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée (*op. cit.*, p. 74), le principe de l'autorité de la chose jugée (*op. cit.*, pp. 102-105).

(115) C'est le cas notamment de M. de Soto (voir *supra* et *infra*, II[e] partie, « le double degré de juridiction », pp. 276 et s.).

appliquait la plupart de ceux qui sont étudiés aujourd'hui (116). Or, ces principes existaient matériellement. A cette époque, personne ne mettait pourtant en doute le caractère éminent des droits de la défense. Leur reconnaissance n'a rien changé à leur nature de principes généraux (117). A nos yeux, une consécration formelle marque simplement une étape supplémentaire dans l'épanouissement des principes.

295. — 2) *Le caractère restrictif du critère formel.* Le critère formel limite arbitrairement la notion de principe général de procédure. Il ne se préoccupe pas de classer, dans une catégorie juridique quelconque, les règles jurisprudentielles qui ont une nature identique aux principes reconnus formellement, mais qui n'ont pas reçu cette qualification. C'est un critère statique qui ne permet pas d'aider la réception de nouveaux principes par la jurisprudence (118). Nombreuses sont les normes jurisprudentielles de valeur législative qui établissent une règle procédurale générale, à partir de textes particuliers, mais qui n'ont pas été expressément qualifiées de principes généraux de procédure. C'est le cas des principes du recours en rectification d'erreur matérielle, de la tierce-opposition, de la récusation et, pendant longtemps, la solution fut la même pour le principe du respect des droits de la défense et celui de l'obligation pour le juge de rendre une décision juridictionnelle. Parce que ces règles non écrites sont innomées ou reconnues sous la dénomination de « règles générales de procédure » elles sont rejetées (119). Doit-on, pour autant, leur refuser la qualité de principe général ? Si oui, quelle est la nature de ces règles ? Le critère formel ne s'en préoccupe pas et aboutit à un résultat assez paradoxal. Si le juge ne leur a pas conféré une quelconque qualité, certains principes authentiques seront des notions juridiques innomées.

(116) Voir *supra*, « Le développement historique des principes généraux de procédure », pp. 28 et s.

(117) M. LETOURNEUR, *loc. cit.*, pp. 19-31 est beaucoup plus nuancé. Il attribue aux bouleversements créés par certaines règles « tellement évidentes que le juge n'avait même pas à les constater et pouvant se borner à les appliquer », sous l'empire de la III[e] République.

(118) Une autre critique peut être adressée au critère formel. Il se borne à constater, à appliquer une série de règles qu'il n'explique pas. Il enregistre l'apparition de principes généraux sans rendre compte ni de leur réception, ni de leur fonction dans le droit positif. Le formalisme, en ce domaine, ne répond pas au double aspect du principe général : il est une règle d'origine jurisprudentielle, cette règle organise une technique procédurale. L'élément jurisprudentiel est le seul envisagé par le critère formel qui ne retient que la qualification donnée par le juge à son œuvre. Le domaine régi par les règles procédurales non écrites échappe à la définition des principes qui n'envisage que leurs éléments extérieurs et apparents. La carence qui en résulte est aggravée par l'attitude du juge qui n'élabore que très progressivement les principes généraux de procédure.

(119) La distinction entre « principe général de procédure » et « règle générale de procédure » est extrêmement importante. Les premiers ont valeur législative (voir *supra*, p. 169), alors que les seconds n'ont plus qu'une autorité infra-décrétale depuis quelques années.

L'argument ne paraît cependant pas déterminant, puisque l'attitude du juge ne conduit pas nécessairement au vide juridique. Mais l'effort de qualification réalisé par le juge en créant de simples « règles » ou des « règles générales de procédure applicables devant l'ensemble des juridictions administratives » (120), ne lève pas toute l'incertitude; le critère formel est insuffisant quantitativement et qualitativement. Beaucoup de règles continuent de ne bénéficier d'aucune qualification précise. L'obligation de statuer, le principe de l'unité de juridiction, la récusation, et celui de l'effet dévolutif de l'appel donnent un échantillonnage des règles procédurales innomées (121). Elles ont pourtant été dégagées sur la base de textes particuliers par le juge, ont force législative et s'appliquent devant toutes les juridictions administratives. Ces institutions procédurales, ainsi que certaines règles générales de procédure, ont les mêmes qualités que les principes généraux. Le silence du juge suffira-t-il à leur supprimer tous les avantages accordés aux principes formulés expressément ? En effet, les règles générales de procédure n'ont que valeur réglementaire et même infra-décrétale (122).

Un critère qui contribue à faire régner une telle indétermination ne peut être légitimement accepté. Il appartient d'en rechercher un autre qui repose moins sur les apparences jurisprudentielles, mais reflète davantage la volonté du juge.

§ 2. — Le critère matériel ou logique du principe général de procédure.

296. — Le critère matériel du principe général de procédure dépasse la sémiotique juridique au profit de la logique juridique. Il n'exclut pas, *a priori*, le critère formel, mais l'utilise seulement comme point de départ pour s'en séparer ensuite. Il repose donc sur une base incontestable, tout en bénéficiant d'un rayonnement plus grand. Le critère logique permet, au surplus, de distinguer mieux que le critère formel le principe général de procédure des règles jurisprudentielles.

(120) Le recours en rectification d'erreur matérielle, l'opposition et la tierce-opposition, le renvoi pour cause de suspicion légitime et certains éléments des droits de la défense sont authentifiés par le juge sous ce nom.

(121) Voir *infra*, II[e] partie, pp. 460-485.

(122) Un exemple récent montre, plus que tous autres arguments, la faiblesse du critère formel. Depuis l'arrêt Sté La Huta, le caractère contradictoire de la procédure bénéficiait de l'auréole du principe général de procédure expressément formulé. Or, le 18 novembre 1964, le Conseil d'Etat ne lui reconnaissait plus que la qualité de règle de procédure (C.E., 18 novembre 1964, Rainaut, obs. B. Paulin, A.J.D.A., 1965.II.409). L'arrêt du 25 octobre 1963, Lambert et autres (A.J.D.A., 1963.II.650, chronique M. Fourré) laissait prévoir cette évolution. En réalité, le Conseil d'Etat veut distinguer le grand principe du caractère contradictoire de la procédure d'une règle moins importante, le caractère contradictoire de l'instruction.

297. — Le critère logique ou matériel des principes généraux fait découvrir une définition des principes à la suite d'une double démarche :

— Les caractères communs à tous les principes, formellement exprimés par le juge, sont les seuls caractères des principes généraux de procédure.

— Toutes les règles non écrites, qui ont ces caractères, sont des principes généraux de procédure.

298. — Chaque principe général répond alors aux trois caractéristiques suivantes :

— Le principe est induit par le juge qui le crée à partir de textes préexistants.

— Le juge manifeste son intention créatrice en lui conférant une valeur législative.

— Le principe général domine l'organisation procédurale et est applicable devant toutes les juridictions administratives. Chacune des caractéristiques ayant fait l'objet de développements dans les chapitres précédents, il convient seulement de les rappeler ici.

A. — Le principe général de procédure est induit par le juge a partir de textes préexistants (123).

299. — La qualité essentielle du principe général de procédure est d'être une règle jurisprudentielle parmi d'autres. Cela ne signifie pas que toute règle jurisprudentielle ait vocation à devenir principe. La préexistence d'un ou de plusieurs textes législatifs (ou d'un principe général du droit), dont le juge opère l'application à une espèce donnée, est un des éléments déterminants de différenciation du principe général de procédure. Une construction jurisprudentielle, telle que l'imprévision (124), créée sans support législatif, ne peut prétendre, pour cette unique raison, à la qualité du principe.

La volonté du juge, de créer un principe, n'est donc pas totalement libre; il faut que les règles écrites(ou non écrites) existantes le lui permettent. C'est ainsi que le principe du recours pour excès de pouvoir a été créé sur la base de la loi des 7-14 octobre 1790, puis en application de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 et enfin en vertu de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (125).

L'élaboration des principes généraux, à partir de textes préexistants, modèle leur fonction. Les autres caractères du principe accentuent son originalité par rapport aux autres règles prétoriennes.

(123) Cf. *supra*, « l'élaboration des principes généraux de procédure », *supra*, pp. 178 et s.

(124) Voir *supra*, « Les principes généraux de procédure et les différentes règles jurisprudentielles », pp. 180 et s.

(125) Voir *infra*, II[e] partie, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 209 et s.

B. — La règle créée a valeur législative.

300. — Parmi les règles non écrites appliquées ou créées par le juge, seuls les principes généraux de procédure ont force législative et peuvent, sous certaines conditions, s'appliquer *contra legem* (126). Ils se situent au niveau de la loi générale et claire. Seul un acte législatif peut porter atteinte aux principes de procédure à la double condition qu'il le fasse expressément et que la volonté du législateur soit clairement exprimée. M. Chapus a pourtant constaté l'existence de règles non écrites « infra-décrétales » qu'il qualifie de principes généraux. Ces règles ne sont, en réalité, que des « règles générales de procédure », mais le critère formel, malgré sa rigueur, ne parvient pas à les distinguer des principes généraux de procédure. Il existe, en effet, des notions procédurales qui reçoivent la qualité officielle de « règles » à laquelle le juge ajoute parfois, l'épithète de « général » mais qui ont force législative et constituent de véritables principes généraux de procédure (127).

Les règles générales de procédure authentiques (128) sont des transpositions directes dans la procédure administrative contentieuse des dispositions précises contenues dans le Code de Procédure civile. Règles purement interprétatives, elles s'appliquent *praeter legem* et s'imposent à toutes les juridictions, si elles ne sont pas « inconciliables avec leur organisation » et si le législateur ou le pouvoir réglementaire n'en a pas disposé autrement. Règles de simple technique procédurale, elles sont dissociables des principes généraux de procédure, notamment au plan de la valeur juridique inférieure qui leur est reconnue (129).

C. — Les principes généraux dominent l'organisation procédurale et sont applicables par toutes les juridictions administratives.

301. — Les principes généraux de procédure se fondent dans la notion même de procédure (130). Leur énumération dépend, en effet, du sens et de l'extension donnée à la règle de procédure. Si la pro-

(126) Toutes les autres règles non écrites ont une valeur réglementaire au maximum. Il serait difficile de conférer une valeur juridique précise aux constructions ou théories jurisprudentielles. Il semble qu'un acte réglementaire puisse remettre en question l'œuvre du juge et même l'anéantir. Certains auteurs prétendent pourtant que les règles jurisprudentielles sont des « règles matériellement législatives », O. Dupeyroux, *op. cit.* (*supra*, p. 36), p. 363.

(127) Cf. *infra*, II[e] partie le recours en rectification d'erreur matérielle, l'obligation du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel, etc. Voir *supra*, p. 151.

(128) Sur l'ensemble de la question, voir M. Heurte, « Les règles générales de procédure », A.J.D.A., 1964, pp. 4-8. Voir également Auby et Drago, *op. cit.*, n[os] 639 et 901 et *supra* pp. 17 et s. Le qualificatif « général » n'entre pas en contradiction avec l'idée que les règles générales de procédure organisent des détails procéduraux. Il signifie seulement que (comme les principes) les règles générales s'appliquent à l'ensemble des juridictions administratives.

(129) Voir *supra*, pp. 173 et s.

(130) Cf. *supra*, Introduction, pp. 10 et s.

cédure est réduite à l'étude de l'instance, les principes de procédure seront ceux de l'instance. Si, au contraire, l'on retient, à l'instar des processualistes contemporains, outre l'instance, le droit à l'action et la théorie de la juridiction (131), les principes étudiés seront plus nombreux et recouvriront l'ensemble des institutions procédurales.

Parce que les principes modèlent, dominent et même moralisent (132) la procédure, ils auront un caractère et une fonction déterminés qui sont résumés par les deux propositions suivantes :

Les principes généraux de procédure recouvrent des institutions procédurales étendues. Ils ne sauraient organiser des détails procéduraux qui relèvent ordinairement du domaine de la règle générale de procédure (133).

Ils s'appliquent à l'ensemble des juridictions administratives dès lors que leur organisation ne s'y oppose pas. Leur retentissement est ainsi considérable compte tenu du grand nombre des juridictions administratives (134). La plupart d'entre elles ressentaient impérieusement ce besoin devant les insuffisances législatives.

Le Conseil d'Etat impose donc à toutes les juridictions administratives le respect des règles procédurales non écrites. Il s'est même donné pour mission d'appliquer des principes généraux à la procédure pénale et au contentieux disciplinaire. Le juge administratif crée-t-il des principes en ces matières ou constate-t-il simplement leur existence ? La question a été tranchée clairement par l'arrêt Canal (135).

302. — 1) *L'application des principes généraux de la procédure contentieuse administrative à la procédure pénale.* L'analyse de l'arrêt Canal (135) précise la portée des principes de procédure administrative devant les juridictions répressives. Le Conseil d'Etat a estimé que les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 sur le cessez-le-feu en Algérie ne justifiaient pas la création d'une juridiction d'exception « portant atteinte aux principes généraux du droit pénal ». L'ordonnance du 1er juin de la même année, instituant la Cour Militaire de justice, fut alors déclarée entachée d'illégalité à la demande du Sieur Canal.

Le droit et la procédure pénale, réservés au législateur par l'article 34 de la Constitution et par les principes généraux, échappent nor-

(131) Voir *supra*, pp. 11-12.
(132) Ce dernier caractère est essentiel pour certains, cf. *supra*, pp. 14 et s.
(133) Cf. *supra*, pp. 169 et s.
(134) Voir *supra*, Introduction, Section II, p. 20.
(135) C.E. Ass., 28 octobre 1962, note Debbasch, J.C.P. 1963, n° 13.068, note de Laubadère, A.J. 1962, p. 612, note Liet-Veaux, Rev. Adm. 1962, p. 626. Voir *supra*, p. 79. La juridiction contestée était une juridiction répressive créée sur la base de l'article 2 de la loi soumise au référendum populaire du 8 avril 1962. Il était demandé au juge d'interpréter la volonté du législateur populaire. Il a procédé selon une méthode devenue classique, mais l'a transposé dans un domaine étranger à sa compétence.

malement au contrôle du juge administratif (136). Il n'a pu en connaître (dans l'espèce considérée) qu'en vertu de l'habilitation donnée au Chef de l'Etat en application de l'article 2 de la loi du 8 avril 1962. La Haute Assemblée avait donc l'obligation de confronter la conformité de l'ordonnance portant création d'une juridiction répressive avec le texte d'habilitation. Elle l'a fait à la lumière des principes généraux de procédure en révélant l'incompatibilité qu'il y avait entre eux et la procédure suivie par la Cour Militaire de justice, en ce qu'elle portait « atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense » ainsi qu'aux voies de recours. Le 8 mai 1964, le Conseil d'Etat a, de la même façon, contrôlé la conformité d'un acte réglementaire avec le « principe de la légalité des délits et des peines » (137).

Dans ces arrêts, les principes invoqués sont ceux du droit pénal et non ceux du droit public. Le Conseil d'Etat ne prétend pas appliquer aux juridictions des autres ordres les normes qu'il a créées pour le contentieux administratif. Les décisions du Conseil d'Etat deviendraient de véritables arrêts de règlement si elles devaient s'appliquer en dehors du cercle de ses attributions (138). Organe de contrôle, par voie d'appel et de cassation, des juridictions administratives, le Conseil d'Etat n'est pas le juge suprême de tous les organismes juridictionnels. Dans les arrêts Canal et Durand (139), il n'y a pas œuvre de création, mais d'application. Le juge administratif a seulement constaté l'existence de certains principes généraux afférant à des techniques juridiques autres que la procédure administrative. Des principes semblables dominent les différentes branches du droit (140) mais rien ne permet d'affirmer que les principes généraux de la procédure administrative s'appliquent à des juridictions non administratives.

303. — 2) *L'application des principes généraux de la procédure contentieuse à la procédure gracieuse.* La procédure gracieuse est fréquemment opposée à la procédure contentieuse dont elle diffère par ses éléments matériels et organiques. Historiquement, les deux procédures se sont distinguées également par leur régime. Le principe selon lequel le juge doit rendre une décision, n'est pas étendu aux autorités administratives. L'arrêt Geoffroy (141) a cependant rappelé aux autorités administratives l'obligation qu'elles ont d'annuler, par

(136) Cf. les limitations apportées à ces règles par la Constitution du 4 octobre 1958 et entérinées par le Conseil d'Etat, 8 février 1960, Sté Eky, S. 1960.131.

(137) C.E., 8 mai 1964, « Sté la Verrerie Cristallerie d'Arques c. Durand et Cie, Rec. p. 279. Voir également, C.E., 21 mai 1964, Manville, Rec. p. 118 : Le Conseil d'Etat rappelle le « principe selon lequel un prévenu est libre d'être assisté du défenseur de son choix ». Voir *infra*, II[e] partie : les droits de la défense », pp. 424 et s.

(138) Sur l'interdiction des arrêts de règlement : cf. *infra*, p.

(139) C.E., 8 mai 1964, Rec. p. 279.

(140) Cf. *supra*, pp. 160 et s. Il existe des principes comparables, sinon communs aux diverses branches du droit. Le caractère contradictoire de la procédure et de façon plus générale, les droits de la défense, doivent être respectés par l'ensemble des juridictions.

(141) C.E., Geoffroy, 4 décembre 1959, note Waline, R.D.P. 1960, p. 132.

voie hiérarchique, un acte entaché d'illégalité. L'étendue de la règle n'est pas celle du principe de l'obligation de statuer. En effet, le juge doit, en tout état de cause, se prononcer expressément alors que l'autorité administrative n'est sujette à cette obligation qu'au seul cas d'illégalité de l'acte. L'arrêt Geoffroy constitue peut-être une décision charnière. Il rend évident le pôle d'attraction que sont les principes généraux de la procédure contentieuse pour la procédure administrative gracieuse.

Seules les juridictions administratives sont relevables des principes généraux de procédure élaborés à leur intention par le Conseil d'Etat. Le juge administratif peut cependant constater l'existence de principes généraux de la procédure pénale et adapter, au recours gracieux, les principes de la procédure contentieuse.

*
**

304. — Arrivé à ce point de nos développements, il est possible de donner une définition des principes généraux de procédure.

Les principes généraux de la procédure constituent une véritable source du droit et sont d'authentiques lois matérielles qui dominent la procédure administrative contentieuse.

La définition précédente peut être développée et formulée ainsi : les principes généraux de la procédure sont *des règles jurisprudentielles de valeur législative, relatives au droit à l'action, à l'instance et à la juridiction et qui doivent être observées par toutes les juridictions administratives contentieuses. Induits par le Conseil d'Etat de la législation administrative et civile, les principes généraux de procédure sont mis en œuvre même en l'absence de textes précis et ne sont limités que par des dispositions législatives expresses.*

305. — En partant de cette définition, toutes les règles répondant aux qualités qu'elle contient pourront être étudiées dans la seconde partie de cet ouvrage car, seules, elles ont vocation à être qualifiées de principes généraux de procédure, qu'elles aient été, ou non, formulées sous cette appellation par le Conseil d'Etat.

DEUXIEME PARTIE

ÉTUDE ANALYTIQUE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE PROCÉDURE

306. — Les principes généraux de procédure forment un réseau de plus en plus dense de règles non écrites qui modèlent l'organisation procédurale. Ils ont transformé progressivement la justice administrative en un véritable service public fonctionnant selon certains principes essentiels tout en offrant au justiciable les qualités qu'il peut en attendre : égalité des parties, indépendance de la juridiction.

Le droit à l'action est protégé par le principe général du recours pour excès de pouvoir qui fait du simple particulier le défenseur de la légalité. L'instance est ordonnée par les principes de procédure à une double fin : liberté complète du débat et rigoureuse égalité des parties. Enfin les règles non écrites ont façonné le troisième élément de la procédure, la juridiction, devenue une assemblée libre et impartiale, vouée, quelle que soit sa composition, au service du justiciable; faudra-t-il en conclure à la perfection de la justice administrative ? L'œuvre des principes généraux n'est pas achevée; le Conseil d'Etat doit multiplier ses interventions et ses créations, empreintes de souplesse et d'autorité, pour que la procédure administrative contentieuse devienne cet idéal, qui inspirera toutes les autres techniques procédurales.

307. — Reprenant la division tripartite, communément admise par les processualistes (1), il conviendra d'envisager successivement :

— Les principes généraux de procédure relatifs au droit à l'action (Titre Premier).

(1) Voir *supra*, p. 11.

— Les principes généraux de procédure relatifs à l'instance (Titre II).

— Les principes généraux de procédure relatifs à la juridiction (Titre III).

TITRE PREMIER

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A L'ACTION

308. — Le droit à l'action est la faculté reconnue aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect, soit du Droit, soit de leurs droits et de leurs intérêts légitimes (1). Dans quelle mesure ce droit à l'action est-il garanti au justiciable ? Théoriquement, et compte tenu de la nature de la procédure administrative, il appartient au législateur et au juge, par la voie des principes généraux de procédure, de donner à ce droit un contenu appréciable. Mais il n'existe pas de solution unique dans le contentieux administratif. Si l'on adopte la distinction plein contentieux et contentieux de la légalité (2), la différence apparaît rapidement entre les deux.

1) Le législateur et le juge, ce dernier par la voie des principes généraux de procédure, n'ont cessé de développer un droit du particulier au recours pour excès de pouvoir.

2) Le législateur et le juge, celui-ci par la voie des constructions jurisprudentielles (2) et non des principes généraux de procédure, ont garanti les recours en pleine juridiction sans déroger au légalisme traditionnel de notre droit.

309. — Pourquoi cette différence entre les contentieux ? Un doute doit être dissipé dès le point le départ afin d'éclairer les discussions ultérieures. Pour souhaitable que soit l'unification des règles procédurales et l'unité du droit d'action, ce dernier, dans le plein contentieux, n'a pas besoin de faire l'objet de la sollicitude rassurante des principes généraux de procédure. La puissance publique est moins avare de

(1) V. Cuche et Vincent, « Procédure civile », 3e éd., p. 17 et *supra*, 1re partie, pp. 10 et s.
(2) Voir *supra*, 1re partie, pp. 20 et s.

ses deniers que jalouse de son privilège de décision unilatérale. Protecteur des victimes, l'Etat ne veut pas devenir victime de la légalité. Le juge s'est alors fait protecteur de cette légalité en l'assurant par le principe général du recours en excès de pouvoir. Pour le reste, il s'est contenté de constructions jurisprudentielles souvent courageuses, qui assurent un rayonnement suffisant aux recours de pleine juridiction. Ne peut-on pas cependant prévoir une évolution ? Le juge n'a pu franchir, par aucune des voies contentieuses, le mur des actes de gouvernement que le principe du recours pour excès de pouvoir dégrade progressivement, mais lentement. Si cette limite artificielle s'effondrait un jour, la voie serait ouverte à un principe général du droit à l'action.

Nous envisagerons successivement l'inexistence d'un principe du recours de pleine juridiction (Chapitre Premier) et le principe général du recours pour excès de pouvoir (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

L'inexistence d'un principe général du recours de pleine juridiction.

310. — En autorisant les fonctionnaires à défendre leurs droits pécuniaires par la voie du recours pour excès de pouvoir, et non plus seulement par celle du plein contentieux, l'arrêt Lafage de 1912 (3) paraissait situer au même plan les deux types de contentieux. Une évolution linéaire ne devait-elle pas conduire inéluctablement à consacrer un principe général du droit à l'action, et non pas uniquement un principe du recours pour excès de pouvoir ? Il n'en n'a rien été et le plein contentieux est devenu un contentieux spécial (4), qui ne mérite pas d'être renforcé par les principes généraux du droit à l'action.

Plusieurs raisons paraissent expliquer, sinon justifier, les réserves du juge à l'égard du plein contentieux.

— Le droit à l'action n'a été mis que très tardivement en jeu par les recours de plein contentieux.

— En cette matière, l'action et la demande en justice demeurent encore sans influence sur les principes généraux de procédure.

— Les textes législatifs, par leur abondance et leur précision, rendaient inutiles l'élaboration des principes généraux de procédure.

(3) C.E., 9 mars 1912, D.P., 1914.J.49.

(4) Sur l'ensemble de la question, v. A. Heilbronner, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », D. 1953, C.H. p. 63.

Section I

LE DEVELOPPEMENT HISTORIQUE DU PLEIN CONTENTIEUX

310. — Historiquement, il est incontestable que le juge n'a jamais oublié l'avertissement du législateur révolutionnaire. « Juger l'administration, c'est encore administrer » (5), avertissement qui posait les prémisses des recours administratifs de pleine juridiction. Reposant sur ce texte, trois théories, qui marquent encore les esprits, expliquent la formation du plein contentieux, en dehors des principes généraux.

La première théorie, dite du recours ordinaire, montre comment, par la volonté du législateur, se sont accrues les attributions « contentieuses » du Conseil d'Etat (6). Plus connue est la théorie du « ministre-juge », qui explique la façon dont, en matière de plein contentieux, le ministre était juge de droit commun, sauf loi spéciale, attribuant compétence à une autre autorité. L'incidence de cette seconde théorie sur la nature du plein contentieux est évidente. Elle provoque un recul du droit à l'action, car les aspects juridictionnels du recours se confondent trop intimement avec les prérogatives administratives du ministre. La troisième théorie, celle de l' « Etat-débiteur », ne sort pas complètement de l'impasse, dans laquelle s'est perdu le plein contentieux. Fondée sur les mêmes textes que la théorie précédente, elle est avant tout une explication des règles de compétence. Toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur relèvent de la seule autorité administrative, la juridiction administrative n'étant, à cette époque de la justice retenue, qu'une partie de l'autorité administrative (7). Bien qu'on ne reconnaisse plus à ces trois théories explicatives qu'une valeur purement historique, elles n'en ont pas moins eu pour effet de dissocier assez complètement le droit à l'action et le recours de plein contentieux. A cela, on objectera aisément que c'est précisément, à l'occasion du plein contentieux, que se sont développées les théories publicistes du droit à l'action. Ne peut-on pas opposer à cet argument que le juge, seul maître en la matière avec le législa-

(5) Loi du 17-24 août 1790. Voir également Sandevoir, *op. cit.*, p. 22.

(6) Voir Cormenin, « Questions de droit administratif », Ed. 1837, T. I, pp. 38 et s. Sandevoir, *op. cit.*, Ch. 3 et Auby et Drago, *op. cit.*, n^{os} 1240 et s.

La loi du 17 juillet 1790, le décret du 26 septembre 1873, et l'arrêté du 2 germinal An V donnent une compétence assez large au Conseil d'Etat. L'histoire contentieuse du XIX^{e} est jalonnée de textes qui élargissait en des matières spéciales la compétence du juge. Voir *infra*, p. 206.

(7) Cormenin, *op. cit.*, p. 42, « Les ministres rendent des décisions en premier ressort sur les affaires de leur compétence et sauf recours au Conseil d'Etat », connaissent de toutes les matières propres au « Contentieux administratif », c'est-à-dire au contentieux de pleine juridiction. Cette théorie fut abusivement étendue au recours pour excès de pouvoir.

teur, ne s'est jamais préoccupé du droit à l'action qu'aurait représenté le plein contentieux, mais seulement des conditions de recevabilité de tels recours ?

Section II

DROIT A L'ACTION ET RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX

311. — L'existence d'un droit, qu'il soit subjectif ou non (8), permet l'exercice d'une action en justice, qui a pour objet, en règle générale, de faire reconnaître ce droit. Or, le plein contentieux a pour fonction de faire constater par le juge un droit contesté. Dans ce cas, quelle garantie supérieure au principe général de procédure peut exister ? Mais une double remarque vaut d'être faite à ce propos :

— En premier lieu, c'est la demande en justice (élément différent de l'action) et non l'action, qui mérite d'être protégée par les principes généraux de procédure, parce qu'elle risquerait d'être mise en échec par un certain nombre de mesures restrictives (quant à la recevabilité, par exemple).

— En second lieu, les principes généraux de procédure ont négligé aussi bien l'action que la demande en justice dans le plein contentieux, parce qu'ils n'étaient pas nécessaires. Ces propositions sont facilement vérifiables, si l'on envisage la fonction respective de la demande et de l'action. En outre, les obstacles mis à la recevabilité de certains recours ne seraient pas levés par un principe général.

§ 1. — Fonction respective de la demande et de l'action dans le recours de plein contentieux.

312. — Comparée à l'action, qui est un pouvoir, la demande en justice est un acte (9). Les contours et les données de cet acte ont été établis législativement et jurisprudentiellement. L'action et la demande en justice modèlent à leur façon le contentieux des droits et toutes les deux sont soumises à des conditions de recevabilité différentes.

Il n'existe pas de lien direct entre l'action et la demande : la première peut être fondée, tandis que la seconde sera rejetée. Pour déclarer recevable l'action, dans le plein contentieux, le juge recherche si le droit du requérant a été violé. A cet égard, la jurisprudence relative aux droits de la concubine est révélatrice. Elle considère que celle-ci

(8) Sur le caractère subjectif des droits protégés par le recours juridictionnel, voir Duguit et Hauriou, *op. cit.*, p. 396, *contra*, Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 272, et *supra*, 1re partie, p. 122.

(9) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 270.

« ne se trouve pas dans une situation juridiquement protégée » (10). Bien différente est l'œuvre du juge, chargé d'accueillir la demande du requérant. La demande n'est recevable que si elle remplit certaines conditions particulières et engendre des conséquences primordiales quant à la détermination du droit applicable. La demande, dans le contentieux des droits, obéit à certaines conditions spéciales (intérêt, nécessité d'une décision préalable, ministère d'avocat, etc.) ; en déclarant le recours recevable ou irrecevable sur la base de ces exigences, le juge administratif délimite le domaine et détermine la nature du plein contentieux (11). Toujours en dehors des principes généraux de procédure, mais en vertu d'un droit prétorien, la demande en justice oriente l'instance d'une façon beaucoup plus intéressante sur un autre plan. C'est d'elle que découle la détermination du droit applicable à l'instance (12). Les textes et le juge administratif, sous le contrôle du Tribunal des conflits, ont réglé avec une minutie, qui n'est pas exempte de critiques, la compétence et les régimes juridiques des recours de plein contentieux (13).

313. — L'exemple du contentieux de la responsabilité est révélateur de l'importance de la demande en justice et convainct de l'inexistence, en ce domaine, des principes généraux de procédure. La doctrine moderne a décanté ce que cette demande représentait au plan des principes généraux de procédure. M. Bénoit a soigneusement distingué le fondement de la responsabilité du fait dommageable (14). Le fondement de la réparation repose sur l'idée que les individus sont égaux devant les charges publiques. Si le fonctionnement d'un service public, dont la collectivité a la charge cause un dommage vraiment anormal à un particulier, celui-ci peut en obtenir réparation. La formulation donnée au fondement de la responsabilité de la puissance publique pourrait laisser penser qu'elle recouvre un principe général. Ce n'est pourtant pas l'avis de ceux qui, comme M. Bénoit (15), ont décomposé les mécanismes du droit des particuliers à obtenir, par la voie juridictionnelle, réparation des dommages subis du fait des activités de la puissance publique. Le fondement de la réparation n'est qu'une proposition explicative des régimes de responsabilité

(10) C.E., 21 octobre 1955, Dame Braud, concl. Guionin, note Morange, D. 1956.J.139.

(11) Heilbronner, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », D. 1953.J.139.

(12) Il ne nous appartient pas ici de trancher la question de la liaison de la compétence et du fond du droit. Est-ce la compétence d'un ordre de juridictions qui détermine le droit applicable ou l'inverse ? Sur la question, voir Chapus, « Responsabilité publique et privée », 1957, pp. 93 et s. Eisenmann, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable », Maury, T. 2, pp. 379 et s. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1, 251.

(13) Voir les régimes législatifs de responsabilité *in* de Laubadère, *op. cit.*, pp. 643 et s. F.P. Benoît, Fasc. 700 et s., du Jurisclasseur administratif.

(14) F.P. Benoit, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », J.C.P., 1954.I.1178.

(15) F.P. Benoit, *loc. cit.*, également de Laubadère, *op. cit.*, p. 612.

existants. Mais, comment, en vertu de ce fondement, général et généreux, deux régimes de responsabilité coexistent-ils, l'un d'entre eux n'étant pas particulièrement favorable à la victime ? Le maintien de la responsabilité pour faute à côté de la responsabilité reposant sur le risque ou le dommage anormal semble irréductible au fondement analysé. La généralisation de la responsabilité pour risque, si souhaitable qu'elle soit, n'est pas envisageable, et cela pour des raisons financières et d'équité. La qualité de la victime par rapport au service public, les avantages qu'elle peut en tirer, interdisent, comme l'a démontré M. Moreau (16), une solution uniforme.

Les principes généraux de procédure ne peuvent transcrire ces règles de bonne justice et d'équité, car ils sont une expression particulière du droit positif (17). Est-ce à dire que les principes généraux se sont désintéressés du droit de la responsabilité ? Absolument pas, mais ils sont intervenus en des domaines étrangers au droit à l'action et à la demande en justice. Ils ont posé la règle, en application de nombreux textes préexistants, que l'égalité doit régner entre les usagers du service public et qu'une faute de l'Administration doit entraîner une réparation (18). Ces principes relatifs au régime des recours ne rejaillissent en rien sur l'action en justice.

§ 2. — Les limites des recours de plein contentieux.

314. — Bien que les recours de plein contentieux recouvrent presque toutes les hypothèses de litiges pouvant opposer l'Administration à un particulier, on peut se demander si les cas d'irresponsabilité, encore relativement fréquents, n'altèrent pas la généralité du droit à l'action et à la demande en justice. Un principe général de procédure ne pourrait-il pas remédier à cette situation en facilitant la réparation de tous les dommages certains ? Les limites à l'action qui existent dans le plein contentieux sont d'un double ordre et se trouvent être celles-là même que connaît le principe du recours pour excès de pouvoir (19).

315. — D'une part, la victime d'un acte de gouvernement est toujours déboutée de son action, quel que soit le dommage par elle subie. L'acte de gouvernement bénéficie d'une immunité totale aussi bien dans le contentieux de la responsabilité que dans celui de la

(16) J. Moreau, « L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative », L.G.D.J., 1956, voir également, F. P. Benoit, *op. cit.*, et J.C.P., 1957.II.351 ; J. M. Auby, note au D. 1956.J.596 ; de Laubadère, *op. cit.*, p. 232.

(17) Voir *supra*, 1re partie, pp. 80-125.

(18) C.E., 9 mars 1951, « Sté des Concerts du Conservatoire », canal Letourneur, note Rivero, Dt social, 1951, p. 368, G.A.J.A., p. 335 ; C.E., 26 avril 1963, Laurent, Rec. p. 247 ; C.E., 1er décembre 1961, Lacombe, concl. Dutheillet de Lamothe, D. 1962.J.89, ici la responsabilité est admise « sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

(19) Voir *infra*, p. 243.

légalité (20). Mais force est d'admettre, en l'état actuel du droit positif, qu'aucune norme, qu'aucune règle, qu'aucune construction jurisprudentielle n'est capable de faire disparaître les actes de gouvernement. Limite dans le principe de la légalité (21), ils le sont également pour la généralisation de la répartition des dommages subis par les particuliers du fait de la puissance publique. Si des raisons de haute politique justifient, incomplètement, le maintien des actes de gouvernement dans l'arsenal des actes unilatéraux, seules des raisons de basse finance expliquent, sans la justifier, l'irresponsabilité de la puissance publique en la matière.

316. — D'autre part, il existe certains régimes législatifs d'irresponsabilité. Le plus caractéristique, bien qu'il comporte des restrictions, est celui des services postaux. L'irresponsabilité de l'Etat, en matière postale, est actuellement régie par le Code des P. et T. Ce système dérogatoire du droit commun est justifié par la modicité des tarifs postaux. En prévoyant expressément chacune des hypothèses de non-responsabilité, dans le Code des P. et T. (art. L 7, L 37, etc.), le législateur a entendu déroger expressément aux règles générales du droit à l'action et de la demande en justice. La volonté expresse du législateur aurait limité, de la même façon, un principe général (22).

Quel serait alors l'intérêt d'un principe général du droit aux recours de plein contentieux qu'un grand nombre de textes rend, au surplus, inutile ?

Section III

L'ABONDANCE LEGISLATIVE

317. — Depuis la fin du XVIII[e] siècle, des textes multiples organisent des recours généraux, ou spéciaux, de plein contentieux. Ce rappel a pour objet unique de montrer la quasi-inutilité d'un principe en la matière. Une remarque préalable doit être faite quant à la nature et l'objet des textes qui seront invoqués. Sauf les textes généraux, rares sont ceux qui consacrent un droit spécifique au recours, mais, en organisant un régime d'indemnisation ou de réparation, ils impliquent l'existence de ce droit.

Nous nous contenterons de citer les textes généraux des 16-24 août 1790 (23) et des 7-14 octobre de la même année, ainsi que l'arti-

(20) Sur l'ensemble de la question, voir *infra*, pp. 249 et s. et C.E., 22 février 1907, Le Chartier, Rec., p. 185 ; C.E., 13 juillet 1961, « Sté Indochinoise d'Electricité », A.J.D.A., 1961, chronique p. 473.

(21) Voir *infra*, p. 253.

(22) Voir *supra*, 1[re] partie, pp. 249 et s.

(23) P. Sandevoir cite également l'article 16 de la Section 3 de la loi du 22 décembre 1789 et l'article 3 du Ch. 5 du Titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 et la loi du 16 fructidor, An III, *op. cit.*, pp. 128 et s., et pp. 101-115 (l'article 2 de la loi).

cle 9 de la loi du 24 mai 1872, qui autorise le Conseil d'Etat de statuer « souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative », c'est-à-dire de connaître les recours de plein contentieux. Ces textes valent, naturellement, pour le contentieux de la responsabilité qui est également organisé par des dispositions spéciales. Les lois du 28 octobre 1946 sur le contentieux et le régime des dommages de guerre (24), celle du 16 avril 1914 sur la responsabilité des communes pour les dommages causés par les attroupements et rassemblements (25), peuvent être citées à ce propos. De son côté, le contentieux des pensions a fait l'objet de textes multiples qui prennent en considération les situations les plus variées (26) et donnent naissance à des actions diverses.

318. — Ce rappel, illustré par un échantillonnage très incomplet de textes, suffirait à résoudre, à lui seul, le problème posé dans cette section. Il a pour seule ambition de montrer qu'un principe général du droit à l'action en pleine juridiction n'était pas nécessaire, à la différence de ce qui se passait dans la matière délaissée de l'excès de pouvoir. En effet, quelle est la fonction des principes ? Permettre l'application, en toutes circonstances, de textes généraux ou spéciaux, cela en l'absence de textes précis ou contre la volonté du pouvoir exécutif. Dans notre matière, aucune des conditions ne paraissait, réellement, remplie :

— L'indétermination, qui permet l'application des principes généraux de procédure, n'existe pas ici. Les textes généraux et spéciaux sont trop nombreux pour faire naître cette faille que comble le juge par les principes généraux de procédure.

— Le pouvoir réglementaire ne s'est jamais opposé à ce que le particulier, lésé par la puissance publique, fasse valoir ses droits par la voie du plein contentieux.

319. — *Conclusion du chapitre :* Aucun principe général de procédure ne protège le contentieux des droits qui s'est développé en dehors des théories du droit à l'action. Les régimes législatifs existants ouvrent trop largement le plein contentieux pour qu'une telle création du juge soit nécessaire. En revanche, un principe du droit (général) à l'action (contentieux objectif et contentieux des droits) permettrait vraisemblablement le recul puis la disparition de certains actes qui bénéficient encore d'une complète immunité juridictionnelle.

(24) La loi du 9 avril 1952 constitue des tribunaux spéciaux, les commissions des dommages de guerre, v. Poussière, Juris. Class. Adm. Fasc., 555 et s., « Dommages de guerre ».

(25) L'article 120 de la loi donne compétence aux tribunaux civils, Benoit, *loc. cit.*, S. 1947.I.21.

(26) V. Bernard et Dufour, « Contentieux des Pensions », Juris. class. Adm. Fasc., 765, 767. La loi du 3 avril 1955, loi du 2 août 1949 relative aux pensions des ouvriers des Etablissements industriels de l'Etat, loi du 24 mai 1951, relative aux pensions d'invalidité et des victimes de guerre, etc. Notons également le contentieux administratif du remembrement rural (loi du 9 mars 1941).

CHAPITRE II

Le principe du recours pour excès de pouvoir.

320. — Le principe du recours pour excès de pouvoir est, certainement, la plus étonnante des créations du Conseil d'Etat, en ce qu'elle a associé le juge et le particulier dans la protection de la légalité. Le principe général de procédure du recours pour excès de pouvoir a ouvert le droit à l'action à tout particulier intéressé par l'annulation d'un acte administratif illégal. Tout acte administratif, quelle que soit l'autorité dont il émane, est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, aussi bien en l'absence d'un texte particulier le prévoyant, qu'en présence d'un texte législatif paraissant l'interdire. Seul, un principe général de procédure (appliquant le principe de légalité), était capable d'interpréter les silences et les intentions du législateur dans un sens aussi favorable au droit à l'action.

Le principe du recours pour excès de pouvoir, résultat d'une longue genèse, a été révélé avec un particulier éclat par l'arrêt « ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte » (C.E., 17 février 1950) (27), qui a fait de lui un recours de droit commun, bénéficiaire d'une portée immense et assorti de limites très faibles.

L'analyse de ce principe général mérite d'être précédée d'un bref examen de questions qui permettent de comprendre son originalité. Il est utile de rappeler la position qu'a adoptée le juge judiciaire en matière de contrôle de la légalité (A) ainsi que le développement historique du principe du recours en excès de pouvoir dans le contentieux administratif (B).

A. — Le juge judiciaire et le controle de la légalité.

321. — *En vertu du principe de la séparation des pouvoirs*, le juge judiciaire n'a aucun titre pour connaître des actes des autorités admi-

(27) Voir *infra*, p. 212.

nistratives. Les tribunaux judiciaires ont, cependant, forcé le consentement du Tribunal des conflits pour apprécier des exceptions d'illégalité (28) à l'occasion de questions accessoires à leur compétence générale. C'est l'existence d'un litige principal, qui autorise le juge judiciaire à apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux.

Même, par voie d'exception, les tribunaux judiciaires n'ont qu'une compétence très limitée dans le contentieux de l'annulation. Les tribunaux civils ne jouissent pas, normalement, de cette prérogative et le contrôle, exercé par les tribunaux répressifs, n'est que partiel.

A la suite de la jurisprudence dame Leroux et Valais (29), seuls les tribunaux répressifs ont « le pouvoir et le devoir de s'assurer, eux-« mêmes, de la conformité avec la loi de l'ensemble des actes admi-« nistratifs, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient « invoqués comme moyens de défense ». Les tribunaux civils conservent le bénéfice de la jurisprudence Barinstein (30) qui leur laisse la possibilité exceptionnelle de se prononcer sur la légalité des actes administratifs s'ils portent une atteinte grave à la liberté individuelle (31). La compétence du juge judiciaire est donc limitative et ses pouvoirs très modérés.

322. — Dans tous les cas, il s'agit d'un contrôle limité. Les tribunaux judiciaires, s'ils sont ardents pour réclamer le contrôle des actes, ne l'exercent, en réalité, que de façon modérée et incomplète. Le juge s'interdit, notamment, de constater une illégalité qui porterait « sur un abus ou un détournement de pouvoir » (32).

L'exception d'illégalité n'est qu'un aménagement particulier des règles de compétence des tribunaux judiciaires; elle n'a ni pour objet,

(28) MESTRE, « Recherches sur l'exception d'illégalité », *in* Mélanges Hauriou, p. 567 ; G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P., 1948.I.628 ; de SOTO, « Les nullités des actes administratifs », Thèse, Paris 1941 et AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. I, n^{os} 473 et s.

(29) Cass. crim., 21 décembre 1961, dame Leroux, rapport de M. Costa, Sirey, 1962.J.89 et Cass. crim., 29 mars 1962, Valais, note Lamarque, J.C.P., 1962.II. 12.728 *bis*.

(30) T.C., 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, note Auby, S. 1952, J.I., J.C.P., 1951.II.6.623, note Homont, T.C., 30 octobre 1947, Barinstein, note Waline, R.D.P. 1948, p. 86, note Fréjaville, J.C.P., 1947.II.3.966, note Mestre, S. 1948.3.I ; Cass. civ., 15 avril 1953, note Mihura, J.C.P., 1953.II.7617.

(31) Le regrettable arrêt du Tribunal des Conflits du 16 novembre 1964 (T.C. Préfet du Lot-et-Garonne contre Tribunal de grande instance d'Agen, sieur Clément contre Etat, note A. Demichel, D. 1965.J.669) fait craindre que cette compétence ne soit purement théorique. Bien que l'article 136 du Code de procédure pénale dispose que « ... dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétentes », le Tribunal des Conflits a estimé que ledit article n'attribuait « compétence aux tribunaux civils, ni pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs, ni pour interpréter des décisions administratives individuelles ». Cette décision constitue un recul fâcheux de la légalité d'autant plus que dans les mêmes matières (internement administratif) le juge administratif n'effectue qu'un contrôle illusoire des actes qui lui sont déférés (C.E., 13 novembre 1964, ministre de l'Intérieur Livet, mêmes références).

(32) Rapport Costa, arrêt précité, S. 1962.J.89.

ni pour effet, d'instituer au profit du justiciable, un droit à l'action protégé par les principes généraux de procédure qui demeurent, en ce domaine, l'apanage de la juridiction administrative.

B. — Le développement du principe du recours en excès de pouvoir dans le contentieux administratif.

323. — L'histoire du recours en excès de pouvoir (33), jusqu'à l'arrêt Lamotte, est celle d'une recherche, parfois désespérée, d'un texte, qui puisse servir au développement et à l'application du principe (34).

Avant 1832, le juge (35), et pendant tout le XIX^e^ siècle, la doctrine (36) nient ou minimisent le fondement législatif des recours en annulation, pourtant assuré par la loi des 7-14 octobre 1790 et le décret du 5 Nivôse An VIII.

Laferrière résume parfaitement le point de vue de son siècle en constatant qu'on ne donnait pas au recours pour excès de pouvoir, pour base, la loi des 7-14 octobre 1790, mais le « *principe* « *général* d'après lequel l'acte administratif, qui porte atteinte à « un droit, peut donner naissance à une réclamation devant le juge « adminisitratif » (37).

Il y a bien principe général mais celui-ci diffère, fondamentalement par sa nature, de ceux que nous connaissons aujourd'hui. C'est un principe général innomé qui transcrit les impératifs du droit naturel et non une règle législative non écrite (38).

Il faut attendre *la loi du 24 mai 1872* pour que le « Conseil d'Etat « statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et « sur les demandes d'annulation, pour excès de pouvoir, formées « contre les actes des diverses autorités administratives » (art. 9). On en revient au légalisme le plus orthodoxe. « C'est *la loi* qui a posé le

(33) Voir sur l'ensemble de la question, P. Landon, « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954 », L.G.D.J., 1962.

(34) Cf. 1^re^ partie, pp. 75 et s.

(35) C.E., 28 mars 1807, Dupuy-Briace, cité par Laferrière, *op. cit.*, T. 2, p. 402. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat annule un arrêté préfectoral statuant sur la propriété d'alluvions par des riverains : « Considérant que le préfet n'était pas compétent pour opérer le partage entre les propriétaires riverains, cette opération ne pouvant légitimement résulter que de l'examen de leur droit de propriété qui ne relève que des tribunaux » (cf. C.E., 25 mai 1811, Outin, C.E., 22 janvier 1808, Delamotte, C.E., 12 mai 1812, Royer, C.E., 1^er^ janvier 1813, Taillard).

C'est à l'occasion d'un recours en cassation contre une décision de jurys nationaux que le Conseil d'Etat a « découvert » la loi de 1790. Cf. C.E., 15 juillet 1832, « Garde Nationale de Paris », Préfet de la Seine c. André, Chopin et autres, Rec. Macarel, T. 5, p. 183. On sait qu'à cette époque la jurisprudence et la doctrine assimilaient le recours en cassation au recours pour excès de pouvoir.

(36) Jacquelin, *in* « Contentieux administratif », 1899, p. 231 ; de Cormenin, « Questions de droit administratif », 1828, T. I, pp. 29 et 30 ; de Gérandon, « Instituts de droit administratif », 1829, T. I, p. 208.

(37) *Op. cit.*, T. 2, p. 409.

(38) Voir introduction, I, pp. 27 et s.

principe du recours pour excès de pouvoir » affirme Alibert (39). Le principe moderne du recours pour excès de pouvoir pourra reposer sur cette base solide et se développer par la volonté du juge administratif contre toutes les autorités étatiques.

L'ordonnance du 31 juillet 1945 reprend, en les précisant, les termes de loi de 1872 et dote le recours pour excès de pouvoir d'un cadre juridique qui n'a rien d'astraignant. Dorénavant, le Conseil d'Etat « statue souverainement sur *les recours en annulation pour excès de pouvoir* contre les actes des diverses autorités administratives » (art. 32).

Jusqu'à l'arrêt dame Lamotte, la contemplation quasi mystique des textes exerce son effet magique et le recours pour excès de pouvoir, tout en demeurant une construction prétorienne n'est plus, sauf incident, un principe général de la procédure.

324. — Les remarques ainsi esquissées, sur le contrôle de la légalité par le juge judiciaire et le développement du principe général antérieurement à la jurisprudence dame Lamotte, étant faites, nous pouvons envisager successivement :

— Les arrêts Lamotte et Falco-Vidaillac et la base du principe du recours pour excès de pouvoir (Section I).

— La portée du principe du recours en excès de pouvoir (Section II).

— Les limites du recours pour excès de pouvoir, principe général de procédure (Section III).

Section I

LES ARRETS LAMOTTE, FALCO ET VIDAILLAC ET LA BASE DU PRINCIPE DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

325. — Par deux arrêts retentissants qui se succédèrent en l'espace de trois ans, le Conseil d'Etat a montré qu'il voulait mettre un terme aux hésitations antérieures et que le recours pour excès de pouvoir était ouvert contre tous les actes administratifs, en vertu de l'ordonnance du 31 juillet 1945, et des principes généraux, même si un texte paraissait s'y opposer. Le recours pour excès de pouvoir réintégrait le rang de principe général de procédure et sortait grandi de sa réhabilitation : de principe général de procédure innomé, il devenait un principe général de procédure défini.

(39) Alibert, *in* « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », Ed. Payot, 1926, p. 26.

C'est avant tout aux commissaires du gouvernement, Delvové et Donnedieu de Vabres, que l'on doit cette œuvre; le premier proposa à l'Assemblée du Conseil d'Etat de dégager un principe du recours pour excès de pouvoir que le second demanda de confirmer. La compréhension du principe du recours pour excès de pouvoir nécessite un examen approfondi des faits de l'espèce et des conclusions soutenues (§ 1) ; eux seuls fournissent l'explication du principe posé (§ 2).

§ 1. — Les faits et les conclusions des commissaires du gouvernement.

326. — Les deux affaires présentent des traits communs. En premier lieu, dans l'une comme dans l'autre, des textes législatifs ferment apparemment la voie à tout recours contre les décisions administratives. En second lieu, les commissaires du gouvernement, Delvolvé et Donnedieu de Vabres, développeront leurs conclusions sur un double plan :

1) Les textes incriminés, en réalité, n'interdisent pas le recours pour excès de pouvoir si l'on interprète sévèrement la volonté du législateur.

2) L'interprétation de la volonté du législateur ne peut être faite qu'à la lumière des principes généraux de procédure.

Le retentissement des deux affaires a été tel qu'il convient d'envisager, successivement, chacune d'entre elles.

A. — L'affaire dame Lamotte et les conclusions de M. Delvolvé (40).

327. — Les faits de l'espèce et la procédure suivie par la dame Lamotte, pour obtenir satisfaction, éclairent les conclusions soutenues ensuite par M. Delvolvé.

328. — 1) *Les faits et la procédure.* L'affaire tire son origine de la législation économique du gouvernement de Vichy. La loi du 27 août 1940 autorisa la concession des terres incultes à des tiers par simple arrêté préfectoral (41). En application de cette réglementation, le domaine de la dame Lamotte fut concédé au sieur Testa; la propriétaire intenta une action devant le Conseil d'Etat contre la décision de concession et obtint satisfaction : sa propriété n'était pas, « à la date de l'arrêt attaqué, abandonnée et inculte » (42). L'adminis-

(40) C.E. Ass., 17 février 1950, « Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte », R.D.P. 1951, p. 478.

(41) Aux termes de l'article 5 de la loi du 27 août 1940, pouvait faire l'objet d'une concession « toute exploitation réputée abandonnée et inculte depuis plus de deux années ».

(42) C.E., Assemblée dame Lamotte, 4 juillet 1943, Rec. p. 231, voir également les nombreuses décisions rendues le même jour (mêmes références).

tration paralysa l'application de la décision juridictionnelle en invoquant la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre et prononça la réquisition du domaine au profit du sieur Testa. Nouveau recours devant le Conseil d'Etat, nouvelle annulation de l'arrêt attaqué (43). Entre-temps, intervient une loi du 23 mai 1943 qui réglemente, dans un sens plus restrictif, les concessions de terres dites incultes et prévoit, en son article 4, que « *l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire de la part du propriétaire* ». Cette nouvelle législation fut naturellement appliquée à la dame Lamotte par l'autorité préfectorale qui craignait — à raison — une annulation de l'arrêté de réquisition pris sur la base de la loi du 11 juillet 1938.

Cette dernière mesure n'entama pas l'optimisme de la dame Lamotte qui saisit, une troisième fois, la juridiction administrative. Sa confiance dans la justice, doublée certainement d'un esprit « procédurier » furent récompensés par le Conseil de Préfecture de Lyon (44), puis par le Conseil d'Etat, en vertu des principes généraux du droit et de la procédure.

Le Conseil de Préfecture de Lyon estima que la loi du 23 mai 1943 « n'implique aucune volonté du législateur de priver de la voie de « recours qui lui avait été ouverte par la loi précédente et qui n'est « d'ailleurs qu'une application particulière de la *règle de droit public* « *d'après laquelle tout acte administratif, quelle que soit l'autorité* « *dont il émane, est soumis au contrôle de la juridiction administra-* « *tive* » (45). L'arrêté du Conseil de Préfecture met en cause un double raisonnement :

— L'exégèse classique qui aboutit à une interprétation littérale et assez subtile des textes.

— L'appel nouveau aux principes généraux de la procédure, qualifié de « *règles de droit public* ».

Le ministre de l'agriculture fit appel de l'arrêté du Conseil de Préfecture devant le Conseil d'Etat qui entendit, alors, les conclusions de M. Delvolvé.

329. — 2) *Les conclusions de M. Delvolvé.* Les trois propositions, développées dans les conclusions du commissaire du gouvernement, peuvent être examinées succintement. Leur analyse montre la place qu'occupaient les principes généraux de procédure dans l'esprit de leur auteur (46) qui ne fut, cependant, pas complètement suivi sur ce point par le Conseil d'Etat.

(43) C.E., 29 décembre 1944.

(44) Les Conseils de Préfecture étaient devenus compétents en cette matière, en premier ressort en vertu d'une loi du 19 juillet 1942.

(45) Cité par M. Delvolvé dans ses conclusions, R.D.P., 1951, p. 480.

(46) Voir *supra*, p. 213.

330. — Dans une première approche, M. Delvolvé entrevoit la possibilité de considérer que l'article 4 de la loi de 1943 (47) n'exclut pas le recours contre la décision de classement des terres mais simplement contre l'octroi de la concession. Accepter ce point de vue soutenu par la défense, ce serait confirmer l'arrêté du Conseil de Préfecture (48). Le commissaire rejette cette interprétation parce qu'elle repose sur un « raisonnement bien compliqué » (49).

331. — Il propose alors de situer le débat à un niveau plus élevé que l'exégèse des textes : celui des principes généraux. En admettant que le législateur ait entendu exclure tout recours, en 1943, une telle volonté peut-elle encore produire des effets après le rétablissement de la légalité républicaine et au vu des principes généraux ? Pour faire admettre cette argumentation, M. Delvolvé réfute, par avance, les critiques qui pourraient lui être adressées. Il se défend d'effectuer un contrôle de constitutionnalité, mais confronte, néanmoins, la loi du 23 mai 1943 relative aux concessions des terres incultes avec les impératifs du rétablissement de la légalité républicaine. En vertu de l'Ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine, seuls les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires dont la nullité est « *expressément constatée* » (50) cesseront de recevoir une application. Par une interprétation hardie, mais hasardeuse, ce texte signifierait que l'ensemble de la législation de Vichy « ne peut puiser, aujourd'hui, de force obligatoire que dans la volonté « du législateur d'août 1944 » (51). Dès lors, « *tous* » les actes dits lois « sont susceptibles d'un contrôle de légalité, comme le sont les décrets pris en vertu de lois de pleins pouvoirs ». La conséquence de cette interprétation est évidente : tout « acte dit loi » sera déclaré inapplicable s'il « est contraire, de façon claire, à la volonté du légis- « lateur de la IV^e^ République » (52). Le principe de la légalité républicaine est d'autant plus exigeant qu'il se confond avec une règle incontestée dont il est l'expression purement circonstantielle, *le principe de la légalité*. A son regard, la loi de 1943 « *a méconnu le prin- « cipe le plus important, peut-être, de notre droit public, principe « antérieur à la législation républicaine elle-même* ». D'un autre côté, *le principe de la légalité* « *est si général qu'aucun texte n'y*

(47) Voir *supra*, p. 214.

(48) Voir *supra*, p. 214.

(49) Le Conseil d'Etat avait pourtant précédemment jugé des affaires identiques en adoptant ce raisonnement, cf. 23 août 1947, ministre de l'Agriculture, c. Mlle Yards, Rec. p. 157 ; la défense invoquait d'ailleurs ce précédent.

(50) Cf. art. 3 et 4 de l'ordonnance qui donnent une liste exhaustive des textes « nuls et de nul effet », *in* Lois nouvelles, III, pp. 154-155.

(51) Conclusions citées, p. 483.

(52) Notons que le commissaire donne une base législative à ce principe dont le « rétablissement » a été opéré par l'ordonnance du 9 août 1944. Cela tend à prouver comme nous avons eu l'occasion de le démontrer que les principes généraux du droit et les principes généraux de procédure ne sont pas dénués de support législatifs. Cf. *supra*, p. 68.

échappe » et il *s'impose au législateur lui-même* parce que la loi qui le méconnaitrait contiendrait, en elle-même, un principe de contradiction. Souvent reprises et commentées par la suite, ces formules saisissantes permettent à M. Delvolvé d'affirmer que la loi de 1943, au cas même où elle aurait supprimé la possibilité d'un recours en annulation serait « illégale comme contraire au principe de légalité ». En résumé, « le rétablissement du principe de légalité et du « contrôle juridictionnel qui en est la garantie indispensable résulte « nécessairement du rétablissement de la légalité républicaine » (53).

332. — M. Delvolvé qui craint de ne pas être suivi sur le terrain du principe de légalité, en général, et de la « légalité républicaine », en particulier, qui auraient pour fin une rétrogradation des actes dits lois, propose une dernière solution au Conseil d'Etat. Le point de départ du raisonnement ne sera plus le même, puisque l'on suppose que la loi de 1943 ne supprime pas tout recours juridictionnel : elle n'aurait pas entendu exclure le recours pour excès de pouvoir en l'espèce. Les arguments de textes, qui appuieraient cette thèse, sont assez faibles. Il faut alors interpréter l'article 4 de la loi du 23 mai 1943 : « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet *d'aucun recours administratif ou judiciaire,* de la part du propriétaire », comme excluant seulement *certains recours.* Le législateur a entendu soustraire à l'autorité judiciaire la connaissance de toute action émanant d'un éventuel requérant. Dans l'ordre administratif, la pensée du législateur aurait été plus nuancée; les termes de « recours administratif » recouvriraient le recours gracieux et le recours hiérarchique par opposition au « recours juridictionnel » qui n'aurait pas été visé par la loi de 1943. A supposer même que le législateur ait entendu limiter le recours juridictionnel, l'expression « ne s'entend pas, en tout cas, du recours pour excès de pouvoir » (54).

Au terme de ces trois explications, le commissaire du gouvernement ne cache pas sa préférence pour la seconde qui aurait pour effet de prendre appui sur le principe de légalité républicaine. Le Conseil ne le suivra qu'imparfaitement et fera reposer sa décision à la fois sur une exégèse des textes et sur le principe de la légalité.

B. — L'affaire Falco et Vidaillac et les conclusions Donnedieu de Vabres.

333. — Alors que l'arrêt Lamotte avait été accueilli par un silence relatif, l'arrêt Falco et Vidaillac souleva des polémiques (55) qui ne se sont éteintes qu'avec la disparition de la IV[e] République. Le

(53) *Op. cit.,* p. 485.
(54) *Ibid.*
(55) C.E. Ass., 17 avril 1953, conclusions Donnedieu de Vabres, note Waline, *in* R.D.P., 1953, pp. 458 et s., Rec. p. 175 ; G.A.J.A., p. 388, note Mathiot, S. 1953. 3.33 ; note Eisenmann, D. 1953.J.683, note Vedel, J.C.P., 1953.II.7.598, note Liet-Veaux, Rev. Adm., 1953, p. 265.

débat portait moins sur l'extension donnée au principe général de procédure, par le Conseil d'Etat, que sur l'atteinte faite à l'indépendance de l'autorité judiciaire (56).

Les sieurs Falco et Vidaillac ayant intenté un recours contre l'élection, au Conseil supérieur de la Magistrature (57), du sieur Hamiaut, le Conseil d'Etat devait déterminer si les décisions du Bureau de vote du Conseil supérieur pouvaient faire l'objet d'un recours, soit par voie de cassation, soit par la voie de l'excès de pouvoir, et cela, malgré les dispositions législatives contraires.

Les conclusions de M. Donnedieu de Vabres furent développées selon un enchaînement rigoureux. Il proposa d'abord, à l'Assemblée du contentieux, de se prononcer sur la nature du Bureau puis, le cas échéant, d'accueillir le recours pour excès de pouvoir sur la base des principes généraux de procédure.

334. — 1) *La nature du Bureau de vote.* C'est après avoir dénié au Bureau les qualités d'Assemblée et de juridiction que M. Donnedieu de Vabres penche pour lui reconnaître celle d'organe administratif. La qualification d'organe souverain que l'on aurait été tenté de conférer au Conseil supérieur de la Magistrature dans l'exercice de ses fonctions électorales, doit être écartée, car le Constituant a énuméré limitativement les organes constitutionnels parmi lesquels ne figure pas le Bureau du Conseil supérieur de la Magistrature. N'étant pas une assemblée parlementaire souveraine, le Conseil supérieur ne pouvait pas connaître, en dernier ressort, de l'élection de ses propres membres, procédure exclue ici « tant en vertu des principes généraux du « droit que par la lettre même des textes » (58).

Quel est alors le caractère du Conseil supérieur ? On peut choisir entre celui de juridiction judiciaire ou celui de simple autorité administrative. Si elles émanent d'une autorité administrative, les décisions prises par le bureau de dépouillement de la Cour de cassation doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. M. Delvolvé s'attache à démontrer que le bureau est un organe administratif.

Les fonctions et le régime du bureau expliquent le revirement jurisprudentiel proposé au Conseil et accepté par lui (59). Cet organisme a pour attribution essentielle de recevoir les bulletins de vote, d'en faire le décompte, de les dépouiller et de proclamer les résultats des élections au Conseil supérieur de la Magistrature (60). C'est un

(56) Voir, notamment, notes Mathiot et Liet-Veaux, précitées.

(57) Institué par la Constitution du 27 octobre 1946, Titre IX, art. 84. L'élection des membres dudit conseil est réglementée par la loi 47-235 du 1er février 1947. Ce sont les articles 7 et 8 qui ont donné lieu aux difficultés d'interprétation soumises au Conseil d'Etat.

(58) *Op. cit.*, p. 458.

(59) C.E., Tixier, 2 novembre 1951, et surtout C.E., 30 novembre 1938, Garrigues, D.H., 1938.J.154 ; C.E., 5 décembre 1947, Graziani, Rec. p. 459 et voir développement *infra.*

(60) Cf. articles 7 et 8 de la loi du 1er décembre 1947, précitée.

simple « bureau de dépouillement à compétence élargie » (61) et non une juridiction, car à l'occasion des réclamations dont il est saisi, le bureau se prononce en dehors de tout débat public et contradictoire. Quelle sera alors la nature des actes du Conseil supérieur dans l'exercice de ces attributions ? Si l'on applique le critère formel de l'acte administratif, le Conseil d'Etat ne pourra censurer les décisions du Bureau, leurs auteurs n'ayant pas la qualité d'autorités administratives; si, au contraire, à l'instar de la jurisprudence Monpeurt (62), on retient le critère matériel, le Conseil d'Etat contrôlera le bureau dans l'exercice de ses fonctions électorales. Le commissaire du gouvernement, après avoir rappelé cette alternative, s'attache à son second terme. La construction proposée, pour logique qu'elle soit, ne va-t-elle pas se heurter aux exigences des textes ?

335. — 2) *L'existence du recours pour excès de pouvoir.* L'article 8 de la loi du 1er février 1947 aux termes duquel les décisions du bureau « sont *sans recours* », est soumis à une interprétation qui, pour logique et rigoureuse qu'elle soit, n'en fut pas moins contestée par la suite.

En l'absence de tout recours parallèle possible, seule une application de la jurisprudence Lamotte, repoussée par la défense (63), pourrait résoudre le dilemme et rendre recevable le recours pour excès de pouvoir, malgré les dispositions législatives formelles. Dès lors que le bureau de dépouillement a été appelé à donner une solution à un problème de droit posé par l'éligibilité du sieur Hamiaut, et en l'absence de toute autre voie de recours, les décisions ainsi prises doivent être soumises au contrôle juridictionnel. Cette solution se situe, selon les termes du commissaire du gouvernement « dans la « ligne normale à la fois de la jurisprudence d'Aillières et de la juris- « prudence sur l'application de la règle du recours parallèle en ma- « tière électorale » (64). Le Conseil d'Etat suivit cette proposition et fit remarquer que l'article 8 de la loi de 1947 ne saurait avoir pour conséquence de priver les requérants du recours pour excès de pouvoir.

(61) Conclusions précitées, p. 461.

(62) C.E., 31 juillet 1942, Conclusions Ségalat, note P.C.D., 1942.J.138, note Bonnard, R.D.P., 1943, p. 57.

(63) La défense développe l'argument suivant : de la jurisprudence Lamotte et d'Aillières, il ne résulte qu'un contrôle limité par voie de cassation ou d'excès de pouvoir, alors que le contentieux électoral implique un contrôle large, un recours de plein contentieux. Ce dernier est exclu par l'article 8 de la loi du 1er février 1947. En conséquence, si l'instance normale est exclue, aucun contrôle de la légalité ne peut subsister.

(64) *Op. cit.*, p. 465.

§ 2. — La base juridique des arrêts dame Lamotte et Falco-Vidaillac et du principe du recours en excès de pouvoir.

336. — Dans les deux arrêts et dans ceux qui les suivirent, le Conseil d'Etat estima que le recours pour excès de pouvoir est ouvert « *même sans texte contre tout acte administratif et (qu'il) a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* » (*dame Lamotte*). Il n'en irait différemment qu'en présence d'une « *prescription législative édictant expressément une « solution contraire* » (*Falco et Vidaillac*). La recevabilité du recours dans les conditions sus-relatées emporte une double conséquence :

— Le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun. Telle est l'économie du principe général de procédure étudié ici.

— C'est le principe de légalité qui permet l'application du principe du recours en excès de pouvoir.

A. — Le principe général de procédure : le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun.

337. — La législation de 1872 et 1945 (65) avait posé une règle selon laquelle les actes des diverses autorités administratives pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or, le législateur, par ignorance de ces textes ou par excès d'autoritarisme, a eu tendance à les vider de leur substance. Il en résultait pour les administrés une précarité juridique difficilement acceptable contre laquelle le Conseil d'Etat a rapidement réagi, en posant le principe général de procédure selon lequel un *recours pour excès de pouvoir est ouvert contre tout acte administratif et en rappellent le principe originaire qui lui sert de base et permet son application : le principe de légalité*.

Comme l'ensemble des principes généraux de procédure, celui du recours pour excès de pouvoir se caractérise par sa généralité et sa valeur législative (66).

338. — 1) *La généralité du recours pour excès de pouvoir.* Le Conseil d'Etat rappelle, dans les deux arrêts étudiés, que l'ensemble des actes administratifs est soumis au contentieux de la légalité. Aucun acte administratif ne doit échapper à la censure du Conseil d'Etat saisi directement ou par voie d'appel. *S'il n'existe aucune autre voie prévue par le législateur* (67), *le* RECOURS *pour* EXCÈS *de pouvoir est le* RECOURS *de droit* COMMUN.

(65) Voir *supra*, II, p. 211.
(66) Sur l'ensemble de la question, v. *supra*, 1re partie, pp. 130 et s.
(67) Voir *infra*, p. 246. L'exception du recours parallèle.

Dans l'arrêt Falco et Vidaillac, rendu en un domaine marginal sinon étranger (68) à l'activité administrative, le Conseil d'Etat, à la suite de son commissaire du gouvernement, déclare le recours pour excès de pouvoir recevable contre les décisions prises en matière électorale par le Bureau de la Cour de cassation. L'exclusion (apparente) de la voie juridictionnelle ne saurait avoir, pour conséquence, de priver les intéressés « du recours pour excès de pouvoir qui leur est ouvert, *en* CETTE MATIÈRE COMME DANS TOUTES AUTRES ». Cette formule doit être rapprochée de celle de l'arrêt Lamotte. Le Conseil d'Etat estimait alors que le recours pour excès de pouvoir était ouvert « contre TOUT ACTE administratif ». La généralité des termes employés par le juge ne doit laisser aucun doute sur l'ampleur du principe. Les commissaires du gouvernement avaient d'ailleurs insisté sur ce point en affirmant que le contentieux de la légalité ne pouvait souffrir aucune exception (69). Il est si général, qu'aucun acte unilatéral exécutoire n'y échappe, que sa suppression n'a aucune force face aux principes supérieurs qu'il met en jeu.

339. — 2) *L'autorité législative du principe du recours en excès de pouvoir.* Seul, un texte, édictant une solution expressément contraire, est apte à fermer au justiciable la voie de droit du recours pour excès de pouvoir. La prescription législative qui interdirait le recours pour excès de pouvoir contre un acte doit remplir certaines conditions :

Elle doit, en premier lieu, être expresse et claire (70). Au surplus, une interdiction formelle du recours n'emporte son exclusion qu'à condition que le justiciable dispose d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction. En conséquence, lorsque tout autre voie de recours est impossible, le recours en excès de pouvoir doit reparaître. Les décisions du bureau électoral de la Cour de cassation fournissent une illustration de cette affirmation (71). C'est à ce prix que le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun.

La règle posée peut se résumer ainsi : il est de l'essence même de tous les actes administratifs d'être soumis à la *légalité*. C'est en partant de cette remarque que l'on peut saisir la justification donnée par le Conseil d'Etat à sa jurisprudence. L'existence du recours pour excès de pouvoir, comme principe général de procédure, est possible en vertu d'un principe général du droit.

B. — LE PRINCIPE DU RECOURS EN EXCÈS DE POUVOIR PERMET L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ.

340. — Le principe de légalité assure le maintien de l'Etat de droit et fait naître des droits intangibles tels que le droit à l'action.

(68) Cf. l'opinion de A. Mathiot, note précitée, également, dans le même sens, G. Vedel, J.C.P., 1963.7598.

(69) Voir *supra*, p. 215.

(70) C'est une application normale des règles valant pour l'ensemble des principes généraux. Voir *supra*, 1re partie, pp. 141 et s.

(71) Voir *supra*, p. 219.

L'existence du recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif, pour être générale et absolue, a besoin d'une base solide. Le principe de légalité remplit cet office, et sert de support à l'application du principe du recours pour excès de pouvoir.

Les relations entre les deux principes pourraient être formulées d'une autre façon : le principe originaire serait le principe de la légalité qui aurait permis l'application d'un principe général de procédure, le recours pour excès de pouvoir contre tous les actes administratifs. Le commissaire du gouvernement Delvolvé avait, dans cette optique et à la suite d'un « raisonnement ingénieux, voire subtil » (72), proposé de faire reposer la solution du Conseil d'Etat sur « le principe supérieur de la légalité républicaine ». Avec le principe de la légalité, le Conseil d'Etat adopte une solution considérée, sur le moment, moins hardie (73), mais de portée plus générale (74) : *le recours pour excès de pouvoir,* est ouvert dans tous les cas et « *a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* » (75). Le recours pour excès de pouvoir *est l'aspect procédural d'un principe plus vaste, celui de la légalité.*

Il paraît difficile de découvrir dans l'arsenal des principes généraux du droit un autre principe justificatif. C'est le principe selon lequel tout acte administratif ou juridictionnel demeure soumis aux règles juridiques supérieures sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle. N'est-il pas « le principe le plus important, peut-être, de notre droit public, principe antérieur à la législation républicaine elle même ? » (75 *bis*). Il s'imposerait non seulement aux autorités administratives, mais même au législateur, parce qu'une loi qui « le méconnaitrait contiendrait, en elle-même, un principe de contradiction » (76). Nous n'irons pas jusqu'à prétendre que le principe de la légalité contraint le législateur et le constituant, comme l'a fait M. Delvolvé (77).

(71 *bis*) M. Waline, note précitée, R.D.P. 1951, p. 470. Voir également les techniques d'application des principes de procédure, 1re partie, pp. 91 et s.

Un principe de procédure permet l'application soit d'un texte, soit d'un principe général du droit. Les règles que nous étudions ici ne doivent pas faire oublier que le recours pour excès de pouvoir permet l'application de certains textes législatifs, voir 1re partie, p. 81.

(72) Le principe de la légalité républicaine était purement circonstantiel et coïncidait avec le rétablissement de la légalité d'août 1944, voir *supra*, p. 215.

(73) Cf. Benoît JEANNEAU, *op. cit.*, p. 171.

(74) C.E. Ass., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture, c. dame Lamotte, Rec. p. 111. Le commissaire Donnedieu de Vabres entend donner la même base au recours pour excès de pouvoir et le Conseil d'Etat qui adopte son point de vue préfère le formuler de façon plus vague : il est ouvert « en vertu des principes généraux du droit », C.E., 17 avril 1953, R.D.P. 1953, p. 468.

(75 *bis*) Conclusions Delvolvé, *op. cit.*, p. 483.

(76) *ibid.* Il faut reconnaître que le principe du recours pour excès de pouvoir dépasse largement le cadre procédural. Par son double caractère de recours de droit commun et de protecteur de la légalité, le recours pour excès de pouvoir participe directement au droit à l'action. Il rend titulaire d'un droit tout individu qui désire faire sanctionner une irrégularité de l'administration.

341. — *Conclusion de la Section.* En vertu des arrêts Lamotte et Falco et Vidaillac, le principe du recours pour excès de pouvoir se résume, pour le plaideur, en un DROIT AU RECOURS.

Au plan procédural, le principe étudié présente un double caractère :

— Le recours en excès de pouvoir est un recours de droit commun.

— Il bénéficie d'une autorité législative en vertu du principe de légalité et des textes généraux dont il permet l'application.

SECTION II

LA PORTEE DU PRINCIPE DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

342. — Selon une jurisprudence constante, depuis l'arrêt Lamotte, le recours est ouvert « même sans texte contre tout acte administratif » (78), et « en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée » par le législateur (79). Ces expressions recouvrent deux hypothèses distinctes : la « lacune » législative (80) et le texte législatif qui, apparemment, supprime le recours juridictionnel. Le juge s'était montré extrêmement libéral depuis une époque ancienne pour accueillir en l'absence de texte précis (et non de lacune réelle) le recours pour excès de pouvoir et, depuis 1950, il a adopté la même position en présence d'un texte législatif apparemment contraire. Pour que la légalité soit encore mieux protégée, le juge a estimé qu'en vertu d'un principe général de procédure, complémentaire de celui étudié ici, le recours pour excès de pouvoir peut toujours être précédé d'un recours préalable. La portée du recours pour excès de pouvoir est donc pleinement assurée à un triple plan :

— Le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun en l'absence de texte précis (§ 1).

— Le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun malgré un texte apparemment contraire (§ 2).

— Le recours pour excès de pouvoir peut toujours être précédé d'un recours préalable (§ 3).

(77) Voir *supra*, 1re partie, « La soumission des principes généraux de procédure aux règles constitutionnelles ».

(78) Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte, C.E., 17 février 1950, précité.

(79) C.E., Sec., 16 décembre 1955, Epoux Deltel, Rec. p. 592.

(80) Voir *supra*, le sens donné au terme de lacune, 1re partie, p. 52.

§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir, recours de droit commun, en l'absence de texte précis.

343. — Même, à l'époque où le principe du recours pour excès de pouvoir était tombé en « désuétude », le Conseil d'Etat maintint sa jurisprudence ancienne en accueillant des recours non prévus formellement par les textes (81).

Le recours pour excès de pouvoir est recevable dès lors qu'une décision a la qualité d'acte administratif unilatéral. Les données générales du problème doivent être envisagées en premier lieu (A). Un certain nombre d'application résultant directement du principe du recours pour excès de pouvoir pourront être examinées ensuite : la soumission à la légalité des décisions présidentielles (B), la théorie du changement des circonstances (C) et la censure de certains actes relatifs à la mission judiciaire (D).

A. — Les données du problème.

344. — Le principe dégagé entre 1832 et l'arrêt dame Lamotte a donné un élan au recours pour excès de pouvoir en montrant que « tout acte administratif » pouvait être annulé par la voie contentieuse et cela en « dehors de tout texte ». Chacune des deux formules vaut d'être précisée.

I. — *L'acte administratif pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en vertu de la jurisprudence Lamotte.*

344 *bis*. — Le principe du recours pour excès de pouvoir n'a pas concouru directement à donner une définition de l'acte susceptible de faire l'objet d'un tel recours, mais il a contribué à étendre les catégories d'actes recevables par la voie de l'excès de pouvoir.

C'est notamment sur la base des articles 9 de la loi du 24 mai 1872 et 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 que le principe général de procédure s'est développé. Aux termes de ces dispositions législatives, la juridiction administrative se prononce souverainement sur la légalité des « actes des diverses autorités "administratives" ». Plus elliptique, l'arrêt Lamotte décide que le « recours est ouvert même sans texte contre tout acte administratif ». Il importe de comprendre que le principe du recours pour excès de pouvoir n'a en rien modifié le critère de l'acte susceptible d'être attaqué, mais a facilité son application dans bon nombre de cas.

(81) Voir jurisprudence ancienne, *supra*, II, p. 211.

a) *Le principe du recours pour excès de pouvoir ne modifie pas le critère de l'acte susceptible d'être attaqué.*

345. — Le recours pour excès de pouvoir est, en vertu d'une jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, ouvert contre tout acte juridique dont l'auteur agit en tant qu'autorité administrative (82). La conjonction des deux éléments (nature et auteur de l'acte) est nécessaire pour que l'action soit recevable. En dépit de son apparente simplicité, le critère retenu pose certains problèmes qui n'ont pas été résolus par le principe général de procédure étudié. Le juge a été conduit à préciser notamment :

a) La qualité de l'auteur de l'acte. Il est souvent plus important de s'attacher à la qualité en laquelle un acte a été pris par son auteur qu'à la qualité générale de cet auteur (83).

b) La règle selon laquelle le recours pour excès de pouvoir peut être intenté contre des actes susceptibles de faire grief s'est progressivement manifestée et généralisée (84). Cette règle signifie que l'acte administratif ne pourra être pris en considération, et annulé s'il est irrégulier qu'au seul cas où il produit, par lui-même, des effets de droit (85).

L'acte dénué de cette qualité est bien un « acte administratif » en ce sens qu'il est émané d'une autorité administrative, mais, dans la mesure où il n'engendre aucun effet juridique, il est, en quelque sorte, un acte administratif incomplet et ne peut être déféré à la juridiction administrative pour annulation. C'est dans cette optique que doit être interprétée la jurisprudence dame Lamotte en vertu de laquelle l'acte administratif, dès lors que cette qualité lui est reconnue au vu des critères existants, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par « acte administratif », le Conseil d'Etat a entendu toute décision administrative susceptible de faire grief.

(82) T.A. de Pau, 4 mai 1966. Docteur Vanhems c. ministre de l'Education Nationale, A.J.D.A., 1966.II.617 : Le recours pour excès de pouvoir « conformément aux principes généraux du droit ... est ouvert, même sans texte, contre toute décision administrative faisant grief ».

(83) Auby, « L'inexistence des actes administratifs », notamment, p. 51. L'auteur montre comment la qualité générale de l'auteur de l'acte n'est pas nécessairement prise en considération, notamment pour les organismes non compris dans la hiérarchie ou la tutelle administrative. On peut citer à cet effet les actes faits par les commissions permanentes dotées d'un pouvoir de décisions par les jurys d'examens et les ordres professionnels, les actes parlementaires, etc. ; voir également Jèze, note sous C.E., 10 mars 1905, Demange, D. 1905, p. 359.

(84) Cette règle est apparue au cours de la seconde moitié du XIX[e] siècle (voir Landon, *op. cit.*, p. 51) et s'est fixée définitivement par la suite, ce qui a permis à Lafferrière d'écrire que le demandeur « ne doit pas alléguer une menace « plus ou moins réelle... Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès « de tendance fait à l'Administration », *op. cit.*, T. 2, p. 427.

(85) C'est ainsi qu'un certain nombre d'actes ont été déférés à la juridiction administrative : circulaires dite réglementaires, actes relatifs à la mission juridictionnelle des services judiciaires, décrets-lois, puis ordonnances, etc.

346. — *Au plan du principe général de procédure, cette interprétation entraîne une conséquence importante.* Le principe du recours pour excès de pouvoir est sans effet sur la détermination des actes qui font ou ne font pas grief. Il entraîne seulement la recevabilité de tous actes administratifs dès l'instant qu'ils font grief (86). L'irrecevabilité des mesures et documents d'ordre intérieur répond à cette explication. Très instructive paraît être à cet égard, la jurisprudence relative aux circulaires, documents intérieurs à caractère collectif, dont l'objet normal est de rappeler aux agents de l'administration les conditions générales dans lesquelles ils doivent interpréter et appliquer une décision ou un texte. Plusieurs fondements ont été reconnus à l'irrecevabilité opposée à de tels documents par le juge de l'excès de pouvoir.

Duguit justifiait cette solution par l'absence d'effets juridiques des circulaires, l'ordre hiérarchique qu'elles contiennent n'entraînant pour les agents publics aucune obligation de faire (87). D'autres auteurs se séparent de l'explication donnée par Duguit, et reconnaissent que les circulaires ont un effet juridique, mais que celui-ci est limité à l'intérieur de l'administration, les administrés ne pouvant ni s'en prévaloir, ni se voir opposer leur existence (88). Une justification plus récente rend mieux compte de l'irrecevabilité des circulaires. Elle fonde leur régime juridique sur la considération que ces actes ne sont pas des décisions faisant grief (89). Il existe, néanmoins, des documents internes qui sont de réels actes administratifs unilatéraux. C'est pourquoi deux types de circulaires doivent être distingués :

— Celles qui ne sont pas des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir parce qu'elles ne font pas grief. Ces circulaires sont dites interprétatives lorsqu'elles recommandent aux subordonnés un certain comportement, ou qu'elles interprètent un texte antérieur, ou qu'elles se bornent à rappeler, en la commentant, une décision antérieure (90).

— Les circulaires susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir pour la raison qu'elles font grief. Elles sont dites réglementaires parce qu'elles comportent une sanction (91) et fixent des règles nouvelles (92).

(86) T.A.P., au 4 mai 1966, précité.

(87) Duguit, « Traité de droit constitutionnel », T. 2, pp. 259-260.

(88) Bonnard, « Précis de droit administratif », 4e éd., p. 477. Cette explication a trouvé des applications jurisprudentielles, C.E., 4 février 1949, « Section civile de la Fédération nationale des blessés du pouvoir », Rec. p. 59.

(89) Voir les notes de M. Quermonne sous C.E., 28 novembre 1958, D. 1959. J.263 et note sous C.E., 6 juillet 1956, « Fédération départementale des syndicats des exploitants agricoles du Sud-Ouest », D. 1958.J.178.

(90) C.E., 28 mars 1950, Institut Prophylactique, Rec. p. 381. (Le ministre incite ses services à passer certaines conventions avec les départements.) C.E., 5 mai 1961, « Sté Librairie Aristide Quillet », note Teitgen, Dt social, 1961, p. 393, chr. Gentot et Galabert, A.J.D.A., 1961, p. 329 (circulaire Fontanet du 31 mars 1960 analysant le décret du 24 juin 1958 sur le maintien de la libre concurrence).

(91) C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet et U.N.E.F., note Combarnous et Galabert, A.J.D.A., 1960.I, p. 43 ; C.E., 14 mars 1956, Hubrin, chronique Fournier et

Le principe du recours pour excès de pouvoir est donc *sans effet direct et immédiat sur la détermination* des critères de l'acte administratif, mais il *pèse, parfois, sur la qualification* donnée à certains actes.

b) *Le principe du recours pour excès de pouvoir facilite la qualification d'acte administratif.*

347. — Nombreuses sont les décisions émanées d'autorités administratives qui ont reçu la qualité d'acte administratif grâce au principe du recours pour excès de pouvoir. Les exemples les plus intéressants sont fournis par les décisions présidentielles prises en vertu de l'article 16 (93) et les actes concernant la mission judiciaire des juridictions (94).

En revanche, dans d'autres domaines, le principe du recours pour excès de pouvoir a été sans effet sur certaines décisions prises par des autorités administratives : c'est le cas des circulaires, des décrets-lois et des ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 dans la mesure où leur soumission à la légalité découle de leur qualification d'acte administratif en application des critères généraux de l'acte administratif (95). Quelle que soit la situation envisagée, l'absence de texte ne modifie en rien la recevabilité du recours.

II. — *L'absence de texte exprès.*

348. — Le principe de la légalité et les textes généraux qui servent de base au recours pour excès de pouvoir permettent à eux seuls l'application de ce recours en tant que principe général. L'existence d'un texte exprès est donc inutile.

On peut citer, à titre d'exemple, un arrêt Murat de 1929 (96). Le préfet de la Seine ayant enjoint à certains propriétaires d'effectuer des travaux sur une voie privée dont ils étaient riverains, les époux Murat intentèrent un recours contre cette injonction bien qu'ils ne fussent pas propriétaires. Le recours fut rejeté par le Conseil de Préfecture parce que la loi du 22 juillet 1912 mettait ces travaux à la charge des propriétaires et ne prévoyait *aucun recours* en faveur des locataires ou des riverains des voies privées. Le Conseil d'Etat accueil-

Braibant, A.J. 1956.II.222, chron. Gaudement, R.P.D.A., 1956, p. 84 (circulaire du ministre de l'Information limitant le droit de grève pour les agents de la R.T.F.).

(92) Voir les arrêts précités, note (2) et C.E., 12 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, concl. Braibant, S. 1964.57, chron. Fourre et Madame Puybasset, A.J., 1964, p. 25.

(93) Voir *infra* (B) pp. 230 et s.

(94) Voir *infra,* Section III, §§ 4, 253 et s. Nous n'étudions pas dans ce paragraphe les actes relatifs à la mission judiciaire parce qu'ils constituent un bloc échappant à la censure du juge de la légalité, sauf quelques exceptions limitées. C'est ce qui résulte de la jurisprudence, préfet de la Guyane (T. C., 27 novembre 1952, Rec. p. 642).

(95) Voir *supra,* p. 222.

(96) C.E., 24 mai 1929, Rec. p. 373.

lit néanmoins l'action des requérants et annula la décision contestée. Il tint cependant à donner un support législatif à l'action en déclarant que le texte de 1912 avait « pour objet de rendre applicable aux voies « privées les lois et règlements relatifs à l'hygiène des voies publi- « ques... ». C'est le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir qui a permis l'extension, par analogie, de la législation relative à l'hygiène des voies publiques aux voies privées (97).

A raison d'une rédaction non équivoque l'arrêt rendu le 4 mai 1966 par le Tribunal administratif de Pau rend compte de l'évolution enregistrée par le principe du recours pour excès de pouvoir depuis 1929. Un décret et un arrêté ministériel du 30 décembre 1964, portant suppression de l'examen probatoire à la fin de la classe de première des établissements d'enseignement du second degré, disposaient que les élèves de première étaient admis dans la classe supérieure après « décision du chef d'établissement prise en conseil de classe ». Mais, note le tribunal, « ces textes *ne prévoient aucune voie de recours* particulière contre les décisions dont s'agit ». La compétence du tribunal est alors fondée sur l'existence du « *recours pour excès de pouvoir qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité est ouvert même sans texte contre toute décision faisant grief* » (98).

349. — *Le silence du législateur loin d'exclure le recours pour excès de pouvoir l'implique au contraire.* Un recours dirigé contre un acte administratif est toujours ouvert, dans le silence des textes particuliers, aux intéressés et prend nécessairement la forme du recours pour excès de pouvoir. Il n'y a pas là une solution révolutionnaire, mais une conséquence normale du droit positif. Cette jurisprudence

(97) Le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir dans le silence des textes particuliers a également été reconnu par le Conseil d'Etat à l'occasion du contentieux des œuvres philantropiques. La loi du 30 mai 1916 soumettait l'activité des œuvres faisant appel à la charité publique à une autorisation du ministre de l'intérieur après décision d'une commission et leur offrait la possibilité « de former un recours contre le refus d'autorisation » (art. 3 de la loi du 30 mai 1916). Le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un recours au fond mais d'un recours pour excès de pouvoir (C.E., 9 juillet 1921, Association de la reconstruction du Foyer, Rec., p. 691 et C.E., 28 janvier 1921, Association des blessés du Lycée Buffon, Rec., p. 117). Il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir d'exercer un contrôle juridique sur la manière dont le ministre a pris sa décision et sur les motifs qui ont déterminé son refus.

On trouve enfin un certain nombre d'exemples dans une jurisprudence plus récente. Le comité de gestion du compte spécial du Trésor avait pour mission « d'examiner et juger sans appel les demandes d'avances présentées par les importateurs » (art. 6 de la loi du 13 juillet 1940. Rappelons que l'expression « sans appel » n'a jamais été comprise par le juge comme excluant un recours juridictionnel. Il semble que le législateur ait entendu créer une juridiction que le juge a néanmoins qualifié d'autorité administrative dont les décisions sont susceptibles du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat ». (C.E. Sec., 30 avril 1948, Sté Dourlet, Walder, le Jeune et Cie, Rec. p. 184.)

(98) T.A. de Pau, 4 mai 1966, « Docteur Vanhems c. ministre de l'Education Nationale », A.J.D.A., 1966.II.617.

qui n'a jamais été démentie (99) découle de la législation de 1872 et de 1945 qui rendent applicable le principe général de procédure, mais elle a été parfois mal interprétée.

Lorsque le juge déclare que le recours pour excès de pouvoir existe « sans texte », il ne fait allusion qu'aux textes particuliers, législatifs ou réglementaires. Mais cette expression recouvre deux situations :

1) Une autorité nouvelle est créée sans que le législateur ait précisé la nature et le régime de ses actes.

2) Une autorité administrative est investie de compétences nouvelles sans que le législateur n'ait précisé la nature des actes émanés d'elle (100).

Dans les deux cas, le silence du législateur équivaut à un consentement. Il souscrit implicitement aux régimes juridiques de droit commun et reconnaît donc l'existence du recours pour excès de pouvoir. A cela, on pourrait objecter que, au moins formellement, le Conseil d'Etat ne fait reposer sa décision ni sur l'article 9 de la loi du 24 mais 1872, ni sur l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui le chargent de contrôler la légalité des actes administratifs. Mais ce sont pourtant ces deux textes qui donnent une assise législative certaine au recours pour excès de pouvoir et renforcent son caractère de principe général de procédure (101). Il est dans la nature des principes généraux de procédure de ne pas être dénués de tout lien avec les textes généraux (102). Le principe général est alors un moyen commode d'interprétation des situations juridiques dans le silence des textes particuliers.

Dès lors qu'une décision a la qualité d'acte administratif. le recours pour excès de pouvoir est recevable contre elle, même si aucun texte exprès n'envisage cette solution. Le contentieux des décisions présidentielles,, celui de la théorie du changement des circonstances, confirment le bien-fondé de telles constatations.

(99) C.E., 17 février 1950, Rec. p. 110, dame Lamotte : le recours pour excès de pouvoir est « ouvert même sans texte contre tout acte administratif ».

C.E., 16 décembre 1955, époux Deltel, concl. Laurent, D. 1956.J.44, note Waline, R.D.P., 1956, p. 150.

C.E., 17 mai 1957, Simonet, concl. Heumann, Rec. p. 314 et S. 1957.III.351, note Jeanneau, D. 1957.J.580.

C.E., 3 juin 1959, Bellenand. Ces trois derniers arrêts ont été rendus, respectivement, à propos des décisions de la Commission de répartition des indemnités yougoslaves, de la Commission chargée de statuer sur l'éligibilité des membres du Conseil économique et social et de la Commission nationale d'amélioration de l'habitat.

(100) T.A. de Pau, 16 mai 1966, précité.

(101) Voir *supra*, 1re partie, pp. 176-79.

(102) Voir *supra*, 1re partie, « L'élaboration des principes généraux de procédure », pp. 66-96.

B. — Le recours pour excès de pouvoir. et les « décisions » présidentielles a caractère réglementaire.

350. — Le principe général de procédure en vertu duquel tout acte administratif peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, a enregistré récemment une extension assez inattendue qu'il doit à la volonté créatrice du Conseil d'Etat. L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 reconnaît au Président de la République des pouvoirs de dictature temporaire (103). Nous avons jugé utile d'étudier isolément cette question bien qu'elle ne constitue qu'une application particulière de la règle selon laquelle le principe général de procédure s'applique en cas de silence du législateur. La nouveauté en droit public français et la nature exceptionnelle de l'article 16 justifient, à nos yeux, une telle option (104).

a) *Nature des décisions présidentielles.*

351. — Le Conseil d'Etat a analysé, pour la première fois, la nature des décisions présidentielles, à la suite d'un recours formé par les sieurs Rubin de Servens et autres (105) officiers au 1er R.E.P. contre la décision du 3 mai 1961 qui créait un Tribunal Militaire devant lequel ils devaient être traduits. Avant de répondre aux moyens articulés par les auteurs de la requête, le commissaire du gouvernement montra que toutes les décisions n'avaient pas la même nature juridique.

De nombreux auteurs, entre 1958 et 1962 (106) dont le souci commun en présence d'actes si étrangers à notre Droit était de savoir s'ils échapperaient à tout contrôle, avaient déjà posé cette question (107). La nature même de l'article 16, sa raison d'être, et son

(103) M. Duverger fait appel à la « notion romaine de dictature » pour expliquer l'étendue des pouvoirs du Président de la République *in* « Institutions politiques », P.U.F., 1960, p. 535.

(104) Le raisonnement du juge a été le même que dans l'affaire Falco et Vidaillac : 1° L'acte contesté est-il un acte administratif ? 2° L'acte étant administratif, le principe général du recours pour excès de pouvoir lui est applicable.

(105) C.E. Ass., 2 mars 1962, concl. Henry, R.D.P., 1962, pp. 294 et s., note Bourdoncle, S. 1962.147. Rappelons que l'article 16 a été mise en œuvre du 21 mai au 30 septembre 1961. L'arrêt Rubin de Servens a été confirmé implicitement par la suite, C.E. Ass., d'Oriano, 23 octobre 1964, concl. Bernard, R.D.P., 1965, p. 286.

(106) J. Lamarque, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P. 1961, p. 624 ; Odent, « Cours de contentieux administratif », I.E.P., 1961-62, p. 148 ; L. Hamon, « A propos de l'article 16 », A.J., 1961, pp. 663-670 ; Morange, « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 », D. 1962, chr. p. 109. Voir également Demichel, note précitée, p. 2 ; Pietri, « L'article 16, un texte sans précédent », Rev. pol. et parlem., 1959, p. 8 ; Debbasch, note sous C.E., 19 octobre 1962, J.C.P., 1963.II.13.068 ; G. Berlia, « L'application de l'article 16 et les rapports entre Parlement et gouvernement », R.D.P., 1961, p. 1029, également les articles de M. Legaret, « L'article 16 », *in Revue des deux Mondes*, juin 1961 ; Duverger, « L'article 16 et ses limites », *in* « Le Monde », 5 mai 1961.

(107) Pour M. Hamon il fallait distinguer deux catégories de mesures : les décisions présidentielles directement prises en vertu de l'article 16 et leurs mesures

inspiration permettaient de conclure à la non-recevabilité d'un recours contre les décisions présidentielles prises dans un régime de concentration momentanée des pouvoirs entre les mains du Président de la République. Le Constituant (que l'on peut identifier ici à la personne du Président de Gaulle) en qualifiant de « décisions » les actes que prendrait le Président de la République, entendait certainement mettre l'accent sur leur nature propre : elles n'étaient ni des lois, ni des actes administratifs et se situaient probablement au-dessus des uns et des autres. Elles ne pourraient donc pas faire l'objet d'une annulation contentieuse.

352. — Le commissaire du gouvernement Henry a répondu aux appréhensions des auteurs en demandant au Conseil d'Etat d'établir une distinction entre les différentes décisions. La décision de recourir et de mettre fin à l'article 16 était certainement un acte de gouvernement. Mais quelle est la nature des décisions prises après l'entrée en vigueur de l'article 16. Pour le commissaire du gouvernement, c'est le domaine d'intervention des décisions qui fournit la clef de la question (108) :

— Les unes relèvent du domaine de la loi (tel qu'il est défini par l'article 34 de la Constitution).

— Les autres ne sont que la traduction des compétences normales du gouvernement et des ministres (art. 37 de la Constitution).

b) *Le silence du Constituant et l'application du principe du recours en excès de pouvoir à l'égard des décisions à caractère réglementaire.*

353. — *Pour le dernier type de décisions, c'est-à-dire pour celles qui entrent dans les compétences normales du gouvernement « les principes généraux du droit veulent qu'un contrôle juridictionnel... existe »* (109).

Dès l'instant que l'on accepte la qualification d'acte administratif donnée par M. Henry, à certaines décisions, le recours pour excès de pouvoir découle nécessairement des règles non écrites de procédure. En effet, le texte de l'article 16 est muet sur ce point, les intentions du Constituant sont mal connues puisques les travaux préparatoires n'ont été qu'imparfaitement publiés. En l'absence d'une volonté contraire du Constituant, les principes généraux devaient donc recevoir leur pleine application. Le Conseil d'Etat a adopté les

d'application. Seules les secondes, pour cet auteur, pourraient être contrôlées par le Conseil d'Etat.

(108) M. Demichel propose une distinction différente des décisions présidentielles. Au critère matériel (retenu par la jurisprudence), il préfère un critère d'ordre chronologique ; les décisions perdraient tout caractère législatif dès la fin de la mise en œuvre de l'article 16. Elles reprendraient le caractère réglementaire qui découle normalement de la qualité de l'auteur de l'acte (V. A. Demichel, note précitée, p. 2).

(109) J.P. Henry, concl. précitées, R.D.P., 1962, pp. 308-309.

conclusions de son commissaire et ainsi accepté de prolonger encore la portée du principe général de procédure selon lequel tout acte administratif peut faire l'objet d'un contrôle par le juge de l'excès de pouvoir. On peut parler sans emphase d'une victoire des Principes généraux car, sans eux, aucun texte ne paraissait pouvoir justifier un contrôle juridictionnel des décisions présidentielles.

354. — *L'application de l'article* 32 *de l'ordonnance du* 31 *juillet* 1945 *aurait-elle été concevable sans la médiation du principe général ?* L'analogie existant entre certaines décisions présidentielles et les actes administratifs n'aurait pas, à elle seule, permis d'aboutir à une protection aussi efficace de la légalité, en dépit des références faites par le commissaire du gouvernement à certains actes pris dans des domaines variés par l'exécutif et qui furent considérés comme susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (110). Il est remarquable que le Conseil d'Etat se soit reconnu compétent au seul nom des principes de procédure pour censurer l'action du Président de la République (dans un domaine partiel), alors que l'article 16 a été conçu par le Constituant pour assurer une continuité des institutions en cas de crise (par la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul homme) et, on aurait pu le penser, en dehors de tout contrôle juridictionnel, de toute responsabilité politique. Le silence du Constituant n'a pas résisté à la dynamique des principes généraux de la procédure.

C. — Le recours pour excès de pouvoir et le changement des circonstances.

355. — Le principe du recours pour excès de pouvoir remet même en cause les situations acquises et, sans atteindre les règles essentielles de la stabilité juridique, il permet au justiciable d'obtenir toute annulation souhaitable. La théorie du changement de circonstances (111) constitue un exemple du champ d'action ouvert par le recours pour excès de pouvoir. La pérennité des actes administratifs est battue en brèche par le principe général du changement des circonstances juridiques et économiques qu'à développé récemment l'Assemblée du Conseil d'Etat, trente ans après sa première ébauche dans l'arrêt Despujol.

(110) Henry, *ibid.* ; « dans tous les cas, où la même autorité dans notre histoire, a détenu à la fois tous les pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et même parfois le pouvoir constituant et a pris sous la même forme des décisions pouvant intervenir dans ces domaines, vous avez toujours contrôlé la légalité de celles des décisions qui vous paraissaient relever du pouvoir exécutif ».

(111) Sur l'ensemble de la question, voir Auby, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 1959, pp. 431-460.

a) *Le principe du changement de circonstance : l'arrêt Despujol.*

356. — Le principe a été élaboré en 1930 par l'arrêt Despujol (112) qui posa les prémisses de l'annulation d'un acte ne répondant plus aux circonstances actuelles de droit ou de fait. Devant l'afflux des touristes, le maire de Chaumont-sur-Loire avait pris deux arrêtés destinés à régler le stationnement des véhicules automobiles. A l'expiration des délais, le sieur Despujol demanda l'annulation contentieuse des arrêtés, car, à ses yeux, la loi du 13 août 1926 modifiait les règles relatives à la forclusion contenues dans l'article 24 de la loi du 13 avril 1900. Il obtint, au plan des principes, gain de cause parce qu'il « appartient à tout intéressé, dans le cas où les circonstances « qui ont pu motiver légalement un règlement municipal ont dis- « paru, de saisir à toute époque le maire d'une demande tendant à la « modification ou à la suppression de ce règlement et de se pourvoir, « le cas échéant, devant le Conseil d'Etat ». Cet arrêt dont la rédaction laisse à penser qu'il contient un principe général est intéressant à un triple point de vue :

— Il permet d'abord au particulier d'obtenir, par voie gracieuse ou contentieuse, l'annulation d'actes qui ne répondaient qu'à des situations juridiques temporaires mais qui ne furent pas abrogés par leurs auteurs (113) en dépit de leur caractère inadapté à une situation nouvelle. Leur inadaptation est d'ordre juridique ou de pur fait.

— Au plan procédural, l'arrêt rapporté offre un procédé nouveau qui affranchit le requérant de la forclusion en prolongeant les délais du recours contentieux en annulation ou en les faisant revivre.

— Au même plan, il contient une limite assez stricte; le recours direct contre l'acte contesté doit être intenté dans le délai de deux mois, « à partir de la publication, soit de l'acte attaqué, soit de la loi qui serait venue ultérieurement créer une situation juridique nouvelle ».

b) *L'extension du droit à l'action en cas de changement de circonstances : l'arrêt Simonnet.*

357. — L'arrêt « ministre de l'Agriculture contre Simonnet » du 10 janvier 1964, fait rebondir l'intérêt porté à la théorie du changement des circonstances. L'annulation par voie contentieuse d'actes ne répondant plus aux circonstances nouvelles, permet une double inter-

(112) C.E., 10 janvier 1930, Rec., p. 30, note Alibert, S. 1930.3.41, note P.L.J., D. 1930.III, p. 16. Voir également, C.E., 28 novembre 1930, Venture, Rec. p. 110. Sur le retrait tardif des actes illégaux, voir C.E., 2 janvier 1955, Andria Misera, Rec. p. 13, note Waline, R.D.P., 1955, p. 709.

(113) La jurisprudence Despujol d'abord applicable aux actes du maire a été étendue successivement à toutes les autorités administratives ; pour le préfet : C.E., 1er avril 1936, Syndicat des Epiciers de Toulon, Rec. p. 436 ; pour le ministre : C.E., 2 février 1956, Sté Roger Guinet, Rec., p. 97.

prétation que laissait déjà entrevoir l'arrêt Despujol, selon que l'on envisage cette jurisprudence au plan du fond du droit ou au plan procédural. En réalité les deux interprétations ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais peuvent se compléter heureusement.

358. — *Dans une première interprétation* qui s'attache à la solution au fond, l'arrêt Simonnet ne serait qu'une extension de la jurisprudence Despujol aux décisions prises en matière d'économie dirigée et la confirmation de la théorie du changement de circonstances au rang de principe général du droit. Ni les conclusions, ni l'arrêt lui-même n'infirment ce point de vue. Les conclusions développées dans l'affaire précitée et celles qui ont précédé l'arrêt « Syndicat national des Cadres des Bibliothèques », rendu le même jour, ont été placées sur un plan technique : computation des délais et surtout, étude critique du changement réel des circonstances d'ordre économique et juridique. La rédaction de l'arrêt qui contient des réminiscences frappantes de l'imprévision fait plus appel à ces conditions techniques qu'au droit à l'action et au principe de la légalité. Comme dans l'arrêt Despujol, le Conseil d'Etat estime qu'il appartient à tout intéressé, « en cas de changement dans les circonstances qui ont pu moti-« ver légalement une disposition réglementaire, de demander à toute « époque, à l'autorité compétente d'abroger ce règlement puis de se « pourvoir, le cas échéant, contre le refus opposé à sa demande » (114). En matière économique, cette faculté est limitée à un changement important qui a revêtu le caractère de bouleversement et qui demeure extérieur à la volonté de l'auteur de l'acte. Dans cette interprétation (115) le principe général posé a pour explication et justification l'accélération des mutations sociales et économiques. Le décalage entre l'ordre politique et économique d'une part, et les normes juridiques, d'autre part, nécessite pour être réduit, une adaptation des techniques anciennes aux institutions nouvelles. N'est-ce pas l'œuvre des principes généraux du droit ? Cette première interprétation peut, cependant, laisser la place à une seconde qui la complète plus qu'elle ne l'exclut.

358. — *Le principe du recours pour excès de pouvoir, protecteur de la légalité, explique mieux l'évolution enregistrée depuis l'arrêt Despujol.* Les termes mêmes de l'arrêt du Conseil d'Etat peuvent encore servir de base à cette affirmation : « Il appartient à tout intéressé... de se pourvoir ». La demande en justice est ainsi largement

(114) C.E. Ass., 10 janvier 1964, ministre de l'Agriculture contre Simonnet et C.E. Ass., 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des Bibliothèques, concl. Mme Questiaux, R.D.P. 1964, pp. 459 et s., chronique M. Fourré et Mme Puybasset, A.J.D.A., 1964.I, 150-152 et II, 164, n°s 57 et 58, note Waline, R.D.P., 1964, pp. 455-458.

(115) C'est l'interprétation de M. Puybasset et Mme Fourré. Ils considèrent la théorie du changement des circonstances comme un principe général du droit. Ils en font une règle isolée qui modifie les données profondes de la législation économique.

reconnue. M. Waline (116) estime que par cette rédaction, le Conseil d'Etat « a laissé la porte entrebaillée » au recours de ceux qui prétendent « exiger comme un droit (le droit au respect de la légalité, que « sanctionne le recours pour excès de pouvoir), la modification des « règles qui ne leur paraissent plus conformes aux conditions économiques nouvelles ». L'ouverture faite au justiciable se situe donc au plan du principe de la légalité mis en œuvre par le recours pour excès de pouvoir. Les faits de l'espèce ne peuvent que confirmer cette interprétation. Par requête gracieuse du 23 avril 1956, le sieur Simonnet, propriétaire d'une sucrerie, demandait au ministre de l'Agriculture de modifier ou d'abroger le décret du 22 septembre 1933 qui répartissait entre les producteurs de sucre de la Guadeloupe le contingent de rhum attribué à l'île, la répartition effectuée à l'époque ne répondant plus au développement inégal des usines depuis 23 ans. Devant le refus du ministre, le sieur Simonnet intenta un recours contentieux dont le Conseil eut à connaître en appel. Si nous négligeons l'apport de l'arrêt au plan des règles de fond, force est de constater que son intérêt, au plan procédural, ne doit pas être sous-estimé. Le particulier peut, à tout moment, demander l'abrogation des textes que les bouleversements économiques (et juridiques) ont rendu sans objet et, le cas échéant, intenter dans les délais du droit commun un recours pour excès de pouvoir contre la décision de l'autorité administrative. En cette matière, le recours gracieux fait revivre les délais du recours contentieux.

Le principe du changement des circonstances constitue un développement dans le temps de la protection de la légalité. A ce titre, il est un principe de procédure. Il permet d'intenter un recours en annulation en dépit de toutes les règles de forclusion des délais et d'obtenir l'annulation d'un texte à raison d'un changement « important » des circonstances au nom des impératifs supérieurs de la légalité. La mise en œuvre du principe n'est réalisable que si le recours contentieux est précédé d'un recours gracieux. En résumé, le principe général du changement des circonstances précise, en l'étendant, la portée du principe de la légalité.

359. — *Conclusion du paragraphe.* Comme tous les principes généraux de procédure, le principe du recours en excès de pouvoir permet l'application d'un texte général (art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (117). Le silence observé par le législateur ou même par le Constituant sur une institution particulière n'empêche pas l'application du principe du recours pour excès de pouvoir. La recevabilité des décisions présidentielles à caractère réglementaire et les

(116) Note précitée, R.D.P., 1964, p. 455..

(117) Le décret du 30 septembre 1953 relatif aux tribunaux administratifs n'a modifié en rien les données du problème. Il ne fait qu'aménager les règles de compétence au sein de la juridiction administrative. Le texte fondamental en vertu duquel s'applique le principe du recours en excès de pouvoir demeure, à nos yeux, l'ordonnance du 31 juillet 1945.

développements récents du principe du changement des circonstances en fournissent des illustrations. Seul un texte formellement contraire pourrait entraver l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

§ 2. — Le recours pour excès de pouvoir, recours de droit commun malgré un texte apparemment contraire.

360. — « Aux termes de l'article 8, alinéa 3, de la loi du 7 février « 1947, les décisions dudit bureau ne sont susceptibles d'aucun recours, « mais... *en l'absence de toute prescription édictant expressément « une solution contraire* », le recours pour excès de pouvoir est ouvert aux intéressés. C'est en ces termes, d'une netteté sans équivoque, que le Conseil d'Etat a interprété la loi de 1947 qui paraissait interdire aux sieurs Falco et Vidaillac (118) la possibilité de faire annuler la décision du bureau du Conseil supérieur de la Magistrature. Cette précision, donnée tant sur le contenu que sur la portée du principe général, en constitue également la limite. Elle montre que le principe s'incline devant la volonté du législateur qui doit être, selon les termes de l'arrêt Deltel, « *une volonté, clairement manifestée* » (119). Or, le Conseil d'Etat a interprété, de façon très restrictive, la volonté contraire du législateur et a vraisemblablement détourné, de leur sens originaire, certains des textes litigieux. Quand il paraît exclure tous les recours, le législateur n'entend pas supprimer le droit à l'action, principe fondamental de notre droit qui est exprimé par le recours pour excès de pouvoir, mais seulement les autres recours.

Comment peut-on connaître la volonté du législateur d'exclure ou de ne pas exclure le recours pour excès de pouvoir ? L'étude de certaines conclusions permet de découvrir la démarche du juge : il interprète formellement les termes mêmes de la législation et tient compte implicitement du domaine d'intervention de cette législation.

A. — L'exégèse des textes.

361. — L'arrêt Simonnet et les conclusions du commissaire du gouvernement Heumann (120) fournissent un exemple du vocabulaire employé par le législateur et de l'interprétation qu'en donne le juge. Cette affaire relative aux pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire repose sur les faits suivants : le sieur Brauger fut désigné par décret comme représentant de la pensée française au Conseil Economique.

(118) C.E., 17 avril 1953, voir références *supra*, p. 216.

(119) C.E., 16 décembre 1955, époux Deltel, Rec. p. 592, D. 1956.III.45. C.E. Sec., 17 mai 1957, Simonnet, concl. Heumann, Rec. pp. 314 et s. Voir références complémentaires, *supra*, p. 228.

(120) C.E. Sec., 17 mai 1957, Rec. pp. 314 et s.

Une commission *ad hoc* était chargée de statuer sur l'éligibilité « de tous les membres du Conseil Economique et à la régularité de leur désignation » (121) et statuait « *sans recours* ». Fallait-il interpréter cette dernière expression comme exculant véritablement tout recours administratif ou judiciaire et notamment celui de l'excès de pouvoir et rejeter le pourvoi intenté par le sieur Simonnet ? Selon une jurisprudence, devenue classique depuis les arrêts d'Aillières et Lamotte, la disposition restrictive édictée ainsi par le législateur ne savait priver les intéressés de la garantie de pure légalité qu'offre le recours pour excès de pouvoir (122). L'expression contestée montre qu'il n'a pas même eu l'*intention* de supprimer le recours, car le juge ne s'oppose pas à la volonté du législateur, il interprète sa pensée (123).

Le commissaire Delvolvé avait proposé, dans un cas similaire, une interprétation intéressante. La loi de 1943, relative à l'exploitation des terres incultes, prévoyait que leur concession ne pouvait « faire l'ob- « jet d'aucun recours administratif ou judiciaire de la part du pro- « priétaire ». Qu'est-ce à dire ? Les ingérences de l'autorité judiciaire (par la voie de fait, notamment) dans le fonctionnement de l'administration sont ainsi exclues. D'un autre côté, par « recours administratif », il faut entendre les recours gracieux et hiérarchiques, c'est-à-dire les recours portés devant l'autorité administrative par opposition aux recours juridictionnels. Le commissaire conclut que l'exclusion voulue par le législateur « ne s'entend pas, en tout cas, du recours pour excès de pouvoir ».

Ce raisonnement habile ne convainc pas totalement. En effet, si le rejet des recours judiciaires est admis comme découlant du texte législatif, un souci de parallélisme aurait dû mener à interpréter, de la même façon, le deuxième terme de la proposition du législateur et aboutir au rejet de tous les « recours administratifs », qu'ils fussent gracieux ou contentieux. Le Conseil d'Etat a, néanmoins, admis le point de vue de son commissaire (124), comme il le fit par la suite dans l'arrêt Falco et Vidaillac parce que, « en l'absence de toute disposition édictant expressément une solution contraire » (125), les décisions du bureau de la Cour de cassation qui n'étaient « susceptibles d'aucun recours » pouvaient naturellement faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La volonté réelle du législateur était celle-là et non pas une autre. Mais comment connaître cette volonté réelle ?

(121) Loi du 20 août 1947 modifiée par la loi du 14 septembre 1948.

(122) Voir *supra*, p. 219.

(123) Voir *supra*, « L'application des principes généraux de procédure par le juge », 1re partie. Cette interprétation n'est pas exclusive de toute idée de création. V. également « les méthodes d'interprétation de la loi », *supra*, 1re partie, p. 131 et *infra*, conclusions Heumann sur C.E. Ass., 24 novembre 1961, « Electricité de Strasbourg/Schaub », *infra*, p. 238.

(124) Nous avons vu plus haut que le commissaire Delvolvé considérait cet argument comme secondaire par rapport à celui qu'il avait soutenu auparavant et selon lequel le respect de la légalité républicaine rétablie en 1944 devait suffire à donner une solution positive au recours pour excès de pouvoir.

(125) Voir C.E., 17 février 1950, Dame Lamotte, *supra*, p. 216.

Ce sont les travaux parlementaires qui éclairent le juge lorsqu'ils sont favorables à l'existence d'un recours, car « une intention même cer- « taine ne saurait en cette matière si elle est opposée à tout contrôle « juridictionnel suppléer à une disposition expresse inscrite dans le « texte de la loi ». L'intention du législateur ne sera retenue qu'après avoir été restrictivement interprétée dans un sens favorable à la propre volonté... du juge.

362. — *En conséquence, le recours pour excès de pouvoir est recevable, même en présence d'un texte qui paraît l'exclure.* La volonté du législateur doit être interprétée de la façon suivante, en vertu des principes généraux : *une exclusion générale des recours ne met pas en échec le recours pour excès de pouvoir,* garanti par les principes généraux de procédure qui assurent l'application de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

Tous ces éléments contribuent à restreindre la portée de la volonté implicite du législateur, et à étendre le champ d'application du principe général. Si les termes mêmes de la législation dictent au juge la direction à emprunter, le domaine d'intervention des actes considérés lui impose généralement la décision qu'il doit prendre.

B. — Le domaine d'intervention de la législation.

363. — La continuité parfaite de la jurisprudence du Conseil d'Etat face aux actes « non susceptibles de recours » s'explique également par le domaine où interviennent ces actes, les situations qu'ils créent. Il est conforme à la fonction des principes généraux de procédure de protéger les particuliers dans leurs droits les plus essentiels (126). Le législateur, par lui-même ou par « délégation » de ses fonctions à l'exécutif, a, au contraire, recherché de restreindre le domaine du contrôle contentieux. Conscient de son rôle créateur et protecteur, le juge a réagi contre cette tendance en décidant que chaque fois qu'il pouvait y avoir acte administratif, il y aurait contrôle de la légalité même si le législateur paraissait s'y opposer. Si la réglementation intervient dans le domaine des libertés publiques, la réaction en chaîne se produit : le principe du recours pour excès de pouvoir facilite la qualification d'acte administratif et déclenche le contrôle juridictionnel, en dépit d'une volonté assez claire du législateur.

364. — 1) *Le droit de propriété.* Le droit de propriété a donné lieu à deux arrêts en ce sens. Ces décisions restrictives du droit de propriété sont des actes administratifs qui donnent lieu à un recours pour excès de pouvoir malgré les prétentions du législateur. Ainsi jugées, toutes les décisions relatives à l'octroi de terres abandonnées (l'arrêt dame Lamotte, 17 février 1950). De même, les décisions prises

(126) Voir *supra,* 1re partie, pp. 14 et s.

par les diverses commissions de répartition des indemnités aux nationaux lésés par les nationalisations yougoslaves (arrêt Deltel) (127).

365. — 2) *Les droits électoraux.* En matière électorale, on peut citer les arrêts Falco et Vidaillac (128) et l'arrêt Simonnet (129). Dans les deux cas, il s'agissait d'assurer la légalité des décisions d'une commission se prononçant sur l'éligibilité et la régularité de l'élection ou de la nomination d'un membre à une assemblée non parlementaire.

366. — 3) *La liberté individuelle.* La jurisprudence récente n'abandonne pas la voie protectrice des libertés individuelles. Un décret individuel pris en application d'une loi accordant le bénéfice de l'amnistie à certains délinquants est susceptible, en dépit d'un texte particulier, d'un recours pour excès de pouvoir pour la seule raison qu'il émane d'une autorité administrative et qu'il relève ainsi de la législation générale sur le recours pour excès de pouvoir. La circonstance que le décret intervienne à la suite de poursuite ou de condamnation judiciaire « n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice, « par la juridiction administrative, de son pouvoir de contrôle sur la « légalité » (130). Pourtant, les articles 4 et 31 de la loi du 5 janvier 1951 relatifs au contentieux judiciaire contre les mesures d'amnistie de droit étaient assez évidents :

— En premier lieu, les décrets d'amnistie *individuelle* ne pouvaient faire l'objet d'un recours judiciaire.

— En second lieu, aucune mesure d'amnistie n'était susceptible d'être déférée au juge administratif au motif que de tels actes constituaient l'exécution d'une peine infligée par une juridiction de l'ordre judiciaire.

Le Commissaire Heumann qualifie de « gratuite » cette interprétation, car « *faute de connaître la volonté réelle du législateur, « nous devons appliquer les principes de (la) jurisprudence : dans « le silence de la loi et même si une disposition législative déclare « que les décisions rendues ne sont passibles d'aucun recours, le « recours pour excès de pouvoir reste ouvert comme voie de recours « de droit commun* ».

Cet élargissement du champ d'application du recours pour excès de pouvoir n'est que la conséquence du principe général de procédure

(127) Voir *supra*, p. 228.
(128) Voir *supra*, p. 216.
(129) Voir *supra*, p. 228.
(130) C.E. Ass., 24 novembre 1961, Electricité de Strasbourg/Schaub, concl. Heumann, R.D.P., 1962, p. 339, chr. Galabert et Gentot, A.J.D.A., 1962, p. 18. Une application ultérieure du même principe a été faite par l'arrêt Louis de Polignac et autres, C.E., 22 novembre 1963, note Debbasch, D. 1964.J.161, note Fourré et Mme Puybasset, A.J.D.A., 1964.I.23.
Jusqu'alors le Conseil d'Etat refusait de contrôler des actes de cette nature ou de nature assez comparable. Voir pour un décret refusant une grâce, C.E., 28 mars 1947, Gombert, conclusions (contraires) de M. Celier, S. 1947.III.89.

que nous avons dégagé et selon lequel le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun. Quelle que soit la législation en cause, le recours pour excès de pouvoir est ouvert dans les mêmes conditions, qu'un texte particulier le prévoie expressément ou non.

367. — Tous ces exemples montrent que *l'ensemble des actes administratifs est soumis au contentieux de la légalité. Même si le législateur a paru l'exclure* (131) *son intention était de rejeter, en réalité, les seuls recours de pleine juridiction.* La portée pratique du principe se situe au niveau de la définition et de la détermination des actes administratifs, puisque la reconnaissance de cette qualité a des conséquences contentieuses automatiques. On retrouve cet automatisme (engendré par la nature de l'acte) dans le fait que le recours pour excès de pouvoir peut toujours être précédé d'un recours administratif préalable.

§ 3. — Le recours pour excès de pouvoir peut toujours être précédé d'un recours administratif préalable.

368. — Le principe général selon lequel le recours gracieux peut précéder le recours contentieux n'est pas une donnée immédiate du principe que nous avons étudié jusqu'ici. Cependant la reconnaissance du recours pour excès de pouvoir, en tant que principe, a emporté la possibilité pour les justiciables de se pourvoir devant l'auteur de l'acte avant de le faire devant une juridiction.

A. — Recours administratif préalable et droit a l'action.

369. — Le droit à l'action que constitue le recours pour excès de pouvoir n'est pas la voie unique ouverte au particulier qu'un litige oppose à l'administration. Il peut toujours être précédé d'un recours gracieux adressé à une autorité administrative contre un acte unilatéral (132). Le recours administratif n'exclut pas le recours contentieux car le requérant peut exercer simultanément ou successivement les deux voies de droit qui, l'une et l'autre, constituent un droit pour les intéressés. Comme le recours pour excès de pouvoir, le recours gracieux est un principe général dont on peut se demander s'il doit être qualifié de procédure. Dans un sens large, il est entendu comme un « principe général de bonne organisation de la justice administrative » (133) puisqu'il suppose un litige dont on recherche la solution. Mais il faut ajouter que ce recours s'exerce dans le cadre de la pro-

(131) Cette conclusion ne vaudrait certainement pas pour les principes généraux du droit. Voir les exemples jurisprudentiels cités *supra*, 1re partie, p.

(132) J. M. Auby, « La notion du recours administratif », A.J., 1955.I.117.

(133) Concl. Long sur C.E., 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, D. 1956.J.322.

cédure gracieuse dont les liens avec la procédure contentieuse sont intimes; l'échec de la première procédure conduira nécessairement au recours de la seconde. Le droit au recours gracieux se situe donc parfaitement dans le cadre du droit à l'action, au cours de la phase précontentieuse.

B. — Les recours généraux du recours administratif préalable.

370. — « Les particuliers ont toujours la faculté, sauf si des législations spéciales ont créé des procédures particulières, de porter « leur réclamation contre un acte administratif devant l'auteur de « cet acte ou devant le ministre » (134). Le principe repose sur des nécessités de bonne organisation de la justice administrative.

1. — *Le principe général de la jurisprudence Bansais (C.E., 13 avril 1881).*

371. — La jurisprudence a admis très rapidement que le recours administratif préalable fût un recours de droit commun. En 1881, le Commissaire Le Vavasseur de Précourt invoque, contre la forclusion, des délais opposés aux requérants « *les principes généraux qui four-* « *nissent un très bon motif pour appuyer un argument de texte* ». Malgré un décret contraire, les époux Bansais ont pu porter légitimement leur litige devant l'autorité hiérarchique supérieure à l'auteur de l'acte contesté avant d'introduire un recours contentieux (135). Par la suite, le commissaire Romieu soutenait, en 1903, à l'occasion d'un arrêt Picard (136) que le « recours hiérarchique existe, d'une « manière générale, en toutes matières ». L'un des plus anciens principes de procédure voyait le jour et fut confirmé à de nombreuses reprises.

Le recours administratif préalable souscrit à l'ensemble des qualités requises du principe de procédure. Il s'applique en vertu d'un certain nombre de textes particuliers, a valeur législative, et résulte d'une création du juge (137).

2. — *Les incertitudes de l'arrêt « Centre Médico Pédagogique de Beaulieu » (C.E., 10 juillet 1964).*

372. — Quatre-vingts années d'une jurisprudence constante ont été remises en question par une décision du Conseil d'Etat, en date du

(134) C.E. Sec., 23 mars 1945, Vinciguerra, Rec. Lebon, p. 56, cf. également concl. Long, précitées.

(135) C.E., 13 avril 1881, Bansais, concl. Le Vavasseur de Précourt, Rec., p. 432 ; C.E., 12 janvier 1917, Marchelli, Rec., p. 42.

(136) C.E., 31 juillet 1903, Picard, concl. Romieu, S. 1906.III.14.

(137) Voir *supra*, 1re partie, « La définition du principe général de procédure », pp. 191 et s.

10 juillet 1964. Dans ses conclusions sur l'arrêt « Centre Médico Pédagogique de Beaulieu » (138), le commissaire du gouvernement Rigaud a rejeté la qualité de principe général de procédure jusqu'alors reconnue au recours administratif préalable au profit de celle de « règle générale ». La qualification nouvelle, si elle est analysée avec rigueur, bouleverse les données antérieures. Elle aurait pour conséquence primordiale de faire du recours préalable une règle non écrite de valeur infra-décrétale, autorité reconnue à l'ensemble des règles générales de procédure (139). N'est-ce pas là, le but poursuivi par M. Rigaud puisque « sauf le cas où les dispositions législatives ou « *réglementaires* ont organisé des procédures particulières, toute déci- « sion administrative peut faire l'objet... d'un recours gracieux ou « hiérarchique » ?

Y a-t-il une rétrogradation véritable du principe au rang de règle générale ce qui paraît peu conforme à la nature des règles non écrites posées par le Conseil d'Etat ? La Haute Assemblée ne paraît pas avoir suivi complètement l'argumentation de son commissaire, mais plutôt avoir restreint dans des limites assez étroites la portée de sa décision tout en confirmant les données antérieures. Cette attitude lui était dictée avant ou par les propos du commissaire du gouvernement qui contenaient certains éléments de contestation, sinon de contradiction.

M. Rigaud prend acte, en un premier temps, de la jurisprudence traditionnelle et reconnaît que « dès 1881, le recours hiérarchique a « été reconnu comme un *principe général de droit public,* existant « même sans texte et que seule une disposition législative peut écar- « ter ». Il énumère ensuite les exceptions apportées au principe et propose comme conclusion : « Sans aller peut-être jusqu'à faire de « l'existence d'un recours administratif *préalable un principe général* « *du droit au sens traditionnellement attaché à cette notion,* nous « inclinions cependant à la considérer comme une *règle générale* « à laquelle l'autorité législative ou réglementaire ne peut appor- « ter d'exception qu'expressément ».

373. — *Une double remarque s'impose.* La conclusion du commissaire du gouvernement est contraire aux prémisses qu'il pose lui-même et ne repose sur aucun argument de nature à justifier le revirement. En second lieu, par un mécanisme étrange, M. Rigaud paraît élever à une dignité nouvelle cette « règle générale » du recours administratif alors qu'en réalité il nous convie à sa dégradation. La section du contentieux a fait preuve d'une prudence plus grande en ne se prononçant pas sur le caractère du principe. Elle a préféré limiter sa décision au seul problème de computation des *délais* du recours contentieux qui sont conservés par l'existence d'un recours gracieux. On comprend alors que le Conseil d'Etat ait décidé que sauf « procé-

(138) D. 1965.J.84.
(139) Voir *supra,* 1re partie, pp. 171 et s.

dures particulières » organisées législativement ou réglementairement, tout recours administratif préalable introduit pendant le délai du recours contentieux interrompt le cours dudit délai. Ramené aux proportions qui doivent être les siennes, l'arrêt de 1964 ne fait que préciser sur un point particulier une jurisprudence antérieure.

Le caractère de principe général a été reconnu, à la fois, pour les recours hiérarchiques et les recours gracieux (140). Le recours administratif fait partie des principes généraux et en remplit toutes les conditions. Il est indispensable que l'intéressé, s'il hésite à intenter un recours contentieux assez long, ait la possibilité de s'adresser soit à l'auteur de l'acte, soit à son supérieur pour en obtenir la réformation ou l'annulation. Un contrôle portant sur tous les éléments de droit et de fait de la contestation peut aboutir à une solution équitable et plus rapide que l'hypothétique annulation contentieuse de l'acte contesté (141).

C. — Les limites du recours administratif préalable.

374. — Le recours administratif, en tant que principe général de procédure, ne sera écarté que par un texte législatif l'excluant clairement. Mais à la différence du recours pour excès de pouvoir et de certains autres principes généraux de procédure, le texte restrictif n'a pas à être obligatoirement explicite. Si le législateur a établi un recours jurdictionnel particulier (en matière d'établissements dangereux, incommodes ou insalubres par exemple), le recours gracieux disparaît normalement (142). L'arrêt dame Lamotte est l'une des expressions les plus fameuses de l'interdiction expresse par le législateur du recours administratif (143). Il peut également être supprimé lorsque le législateur a institué « un recours administratif spécial... « comportant des délais des règles de procédure ou des organes de « décisions particulières » (144). Il faut donc qu'une législation spéciale empêche, implicitement ou explicitement, le recours gracieux pour que les intéressés ne puissent l'exercer. Ce dernier trait confère à ce principe général de procédure, comme à tous les autres, une force législative.

(140) C.E. Section, 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, note Liet-Veaux, Rev. adm., 1956, p. 271.

(141) Il faut noter que M. Fournier hésitait déjà sur la qualification à donner du recours hiérarchique. Conclusions de l'arrêt « Syndicat général des ingénieurs conseils », C.E., 26 juin 1959, R.D.P., 1959, p. 1012.

(142) C.E., 16 février 1940, « Sté de Pyrotechnie du Sud-Est », Rec., p. 64 : « En raison des procédures particulières prévues par la législation spéciale des Etablissements dangereux... lesquelles ne comportent pas, en matière de fermeture d'établissements de recours gracieux », et C.E. Sec., 20 avril 1956, précité, Rev. adm., 1956, p. 271 et D. 1956.III.322.

(143) C.E., 17 février 1950, Rec. p. 110, voir *supra*, pp. 213 et s.

(144) C.E., 13 juin 1958, Esnault, concl. Braibant, Rec. 343. Une application récente a été donnée à l'occasion d'un arrêt de section du 28 février 1964, Daligault, cité par M. Rigaud, *op. cit.*, p. 84.

375. — *Conclusion de la Section.* A la suite d'un mouvement jurisprudentiel dont le point culminant se situe dans l'arrêt dame Lamotte, le principe du recours pour excès de pouvoir se présente comme un recours de droit commun d'une portée presque illimitée.

— Il s'applique dans le silence des textes particuliers et a permis notamment le contrôle des décisions présidentielles à caractère réglementaire et explique les modifications subies par la théorie du changement des circonstances.

— Il facilite une exégèse hardie des textes qui paraissent interdire le recours pour excès de pouvoir quand les droits fondamentaux des particuliers sont en jeu.

— Le recours pour excès de pouvoir peut, en vertu des principes généraux de procédure, être précédé d'un recours administratif préalable. Parce que les principes généraux de procédure n'ont qu'une autorité législative des limites sont concevables.

Section III

LES LIMITES DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR, PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE

376. — L'exclusion claire du recours pour excès de pouvoir par le législateur est une des limites apportée au principe général de procédure qui en subit certaines autres qui découlent de la nature même du recours contentieux étudié ici. Elles sont essentiellement constituées par l'existence d'un recours parallèle, les actes du gouvernement, et les actes relatifs à la mission judiciaire. Ces deux dernières catégories de décisions constituent une barrière difficilement justiciable mise au principe général du recours pour excès de pouvoir et à la légalité.

§ 1. — La volonté expresse du législateur et la volonté du Constituant.

377. — Le rejet du recours pour excès de pouvoir par le législateur et le Constituant ne se pose pas en termes identiques étant donnée la simple valeur législative reconnue aux principes généraux de procédure.

A. — Le rejet du recours pour excès de pouvoir par le législateur.

378. — La sémiotique législative révèle que les limites réelles du principe du recours pour excès de pouvoir se situent au delà des formules telles que « décisions sans recours » ou « statuer souveraine-

ment » (145). Ces expressions montrent que les limites apportées par le législateur sont très reculées et que le recours pour excès de pouvoir ne peut être exclu que de façon expresse.

Rien n'interdit de transposer ici la distinction que certains adoptent dans les rapports contractuels de droit privé entre la volonté « déclarée » et la volonté « réelle ». Les exemples cités relèvent de la volonté déclarée, « de celle qui est expressément manifestée... diffé-« rant de la volonté réelle de celui qui l'a exprimée » (146), c'est-à-dire, de la volonté du législateur. Or, si l'on tient compte de sa volonté réelle il n'escomptait pas aboutir à la suppression du recours pour excès de pouvoir (147). Dans quel cas rencontrera-t-on cette volonté formelle, expresse, manifeste ? La réponse est difficile à donner. Il ne semble pas que le Conseil d'Etat fasse reposer sa jurisprudence sur des critères objectifs et discernables. En effet, les travaux préparatoires des textes législatifs sont souvent impuissants à orienter une interprétation ultérieure. A l'intention du législateur se superpose en réalité l'intention du Conseil d'Etat (148). La netteté des termes employés par le législateur dans toutes les espèces analysées pouvait-elle normalement créer un doute dans l'esprit du Conseil d'Etat ? Cette « volonté formelle » est si délicate à déceler que l'hypothèse ne s'en est jamais encore présentée (149). Faut-il en conclure que le législateur est si respectueux des droits individuels qu'il n'a jamais pensé porter atteinte au droit à l'action ? Il n'a pourtant pas hésité à le faire dans d'autres circonstances, et gageons qu'il entrait vraisemblablement dans l'intention réelle du « législateur » de 1943 d'interdire tout recours aux propriétaires de terres concédées mais que le Conseil d'Etat tint à assurer une protection juridictionnelle efficace des droits des particuliers (150).

(145) Voir paragraphe précédent, pp. 235 et s.

(146) Vocabulaire juridique de Capitant, Paris, 1936. Notons que la jurisprudence civile a tendance à faire prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle.

(147) Tels sont les enseignements des arrêts Lamotte, Falco et Vidaillac, Deltel, Simonnet, voir *supra*, p. 235.

(148) L'intention ou la volonté créatrice du Conseil d'Etat n'est ni libre, ni subjective. Elle repose sur des données multiples : nature des choses, interprétation des textes existants qui permettent l'élaboration du principe voir *supra*, 1re partie, Ch. 1er, pp. 106 et s.

(149) Cette remarque vaut pour le recours pour excès de pouvoir et non pour le recours en cassation, voir *supra*, 1re partie, p. 139 et *infra*, p. 326. Le commissaire Heumann (concl. sur Simonnet, C.E., 17 mai 1957, Rec., p. 317) faisait déjà cette remarque pour montrer combien les limites apportées au principe général de procédure étaient faibles. Voir l'interprétation des articles 4 et 31 de la loi du 5 janvier 1951 qui organisait un contrôle *judiciaire* de l'amnistie de droit. Le Conseil d'Etat s'est reconnu la possibilité de contrôler les décrets individuels d'amnistie, sans que la loi ne parut l'y autoriser. Voir *supra*, II, 238, C.E. Ass., 24 novembre 1961, E.D.F./Schaub, concl. Heumann, R.D.P., 1962, p. 339 et notamment, p. 344.

(150) C.E., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture /dame Lamotte, Rec., p. 110, voir *supra*, p. 213.

379. — *La volonté formelle* et *explicite du législateur* ne serait acquise, d'après le Conseil d'Etat, que si une loi affirmait expressément que les décisions d'une autorité administrative déterminée sont sans recours et qu'elle ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'attitude négative du législateur qui consiste à dire que les décisions sont « *sans recours* » devrait donc être complétée par une affirmation selon laquelle le recours pour excès de pouvoir, nommément visé, n'est pas ouvert contre ces décisions. Il pourrait alors être supprimé, soit au profit d'un autre recours, soit à l'exclusion de tout autre recours. Hypothèse rare qui supposerait que les décisions fussent prises par un organisme « souverain » présentant des garanties aussi fortes que le recours pour excès de pouvoir. C'était peut-être la pensée du législateur quand il décida que les décisions du Bureau de la Cour de cassation, organisme dépendant du Conseil supérieur de la Magistrature qui était un organe constitutionnel, rendait des décisions « sans recours ». Mais si le législateur estimait que le Bureau du Conseil participait de la fonction judiciaire ou dépendait d'un organe constitutionnel souverain (152), sa volonté expresse n'était pas suffisamment précise pour paralyser le recours pour excès de pouvoir. Il faut donc que le législateur, explicitement, ferme la voie de droit qu'est le recours pour excès de pouvoir.

B. — La volonté du Constituant.

380. — En est-il de même pour le Constituant qui a proclamé son « attachement » et souscrit au principe de légalité, notamment par la référence faite à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ? On peut penser que par cette adhésion ou par ces références il accepte tacitement sa mise en œuvre par le recours pour excès de pouvoir (153). La pratique constitutionnelle invite cependant à une certaine réserve. Il est certain que le Constituant peut soustraire n'importe quel organe d'un contrôle de la légalité. L'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958, relatif au Conseil Constitutionnel et à ses pouvoirs de contrôle en matière législative, en est un exemple (153). Le Conseil Constitutionnel n'est pas une Cour suprême (155), mais un organe chargé d'assurer le respect de l'équilibre constitutionnel. Il est seulement un organisme politique et juridictionnel dont la mission est avant tout de sauvegarder la définition du

(151) C'est ce qu'ont pensé la plupart des commentateurs de l'arrêt Falco et Vidaillac, voir *supra*, p. 216.

(153) Sur la soumission des principes généraux de procédure aux règles constitutionnelles, voir *supra*, 1re partie, Ch. 2, pp. 146 et s.

(154) L'article 62, alinéa 2 dispose : « Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. »

(155) Cf. L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel », R.D.P., 1962, pp. 46-101 ; cf. également Documentation française, Notes et Etudes Doc., n° 2755, février 1961.

nouveau domaine législatif et, accessoirement, de contrôler la régularité de certaines élections et des référendums (156).

La Constitution a répondu par avance au souci des juristes en précisant que « les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (art. 62, al. 2). Sans ce texte formel, le doute aurait pu naître, car, par son composition, le Conseil Constitutionnel n'est pas une assemblée politique et encore moins une juridiction, mais en revanche il possède un véritable pouvoir de décision. Ses décisions n'auraient-elles pas dû être censurées par la juridiction administrative ? Le Conseil d'Etat aurait alors examiné la nature des décisions du Conseil avant de décider s'il s'agissait bien d'actes administratifs unilatéraux.

§ 2. — L'existence d'un recours parallèle.

381. — L'existence d'un recours parallèle qui fait échec à la compétence du juge de l'excès de pouvoir n'est plus une limite réelle du recours pour excès de pouvoir considéré comme principe général de procédure. Pour l'ensemble de la doctrine, le juge doit « refuser de « juger un recours pour excès de pouvoir si l'intéressé disposait d'un « autre recours aussi efficace et qui fût de la compétence d'une autre « juridiction ou devait être présenté dans la forme d'un recours de « plein contentieux » (157).

L'apparition et le développement du principe, qui fait du recours pour excès de pouvoir un recours de droit commun apporte une solution nouvelle à l'exception de recours parallèle (158) qui a déjà subi par ailleurs un certain nombre de restrictions (159). En effet, le recours pour excès de pouvoir a cessé d'être un recours subsidiaire, ouvert simplement à défaut d'autres voies de droit (160). Le principe général de procédure étudié, a sonné le glas de cette conception ancienne. Existe-t-il réellement une exception du recours parallèle face au principe du recours pour excès de pouvoir ?

A. — La primauté du recours pour excès de pouvoir sur les autres recours contentieux.

382. — La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle a donc changé de nature depuis la promotion du recours

(156) Les compétences du Conseil constitutionnel sont prévues notamment aux articles 54, 61 et aux articles 7 et 16 de la Constitution.

(157) M. Waline, « Droit administratif », 9e éd., 1963, p. 522.

(158) MM. Auby et Drago pensent que le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir « n'interdit pas que dans certains cas une autre voie lui soit substituée », *in Contentieux administratif*, T. 2, p. 439.

(159) C.E., 5 décembre 1958, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture, concl. M. Kahn, A.J., 1959.II.57.

(160) Cf. Odent, *op. cit.*, pp. 846 et s.

pour excès de pouvoir au rang de recours de droit commun. Elle n'est plus fondée que sur le respect des compétences juridictionnelles et sur l'idée que « le juge administratif ne peut être saisi que de « conclusions de plein contentieux présentées dans les formes prévues « pour ce contentieux » (161).

Au sein même du Conseil d'Etat, la notion de recours parallèle est remise en cause à un point tel que le commissaire du gouvernement Kahn déclarait à l'occasion d'un arrêt « Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c/Union des Pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère » : « Il n'est de solution satisfaisante que dans l'abandon définitif de la théorie du recours parallèle et de ses séquelles » (162). Si l'expression des pensées diffère sensiblement, leurs conséquences demeurent presque identiques. Dans les deux cas, le contentieux de l'excès de pouvoir a un domaine propre, dont les limites sont fixées d'après sa « nature et son objet », sans que l'on puisse, pour autant, « parler de l'autonomie de certains contentieux spéciaux » (163) (contentieux électoral, fiscal, etc.) qu'acceptent encore quelques auteurs. Le recours pour excès de pouvoir étant le recours de droit commun contre tous les actes administratifs unilatéraux, les limites qui lui sont apportées par l'existence d'autres recours sont donc assez reculées.

B. — Les qualités du recours parallèle.

383. — Un recours ne sera qualifié de parallèle que s'il remplit quatre conditions strictement interprétées. Les trois premières sont classiques, la quatrième est nouvelle.

Le recours devra, selon M. Odent, être juridictionnel, constituer une action directe (et pas seulement une exception) et produire des effets équivalents à ceux d'une annulation pour excès de pouvoir (164).

Nous ajouterons une quatrière condition, dégagée implicitement par la jurisprudence étudiée dans ce chapitre : *le recours parallèle devra être prévu expressément par le législateur*, car il ne peut, depuis la jurisprudence dame Lamotte, être qu'une action subsidiaire. Les contentieux, dits spéciaux, ne subsistent que s'ils souscrivent à cette dernière condition. Le dépérissement de l'exception de recours parallèle est une conséquence directe et immédiate du principe général de procédure que nous avons étudié. Cette affirmation peut être vérifiée dans le domaine du contentieux électoral.

(161) Cf. Kornprobst, « La notion de parties et le recours pour excès de pouvoir », p. 69, Paris 1960. Fournier et Braibant, « Encyclopédie Droit Administratif ». Cf. Recours pour excès de pouvoir, n°s 116 et s. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 988.

(162) C.E., 5 décembre 1958, concl. Kahn, A.J., 1959.II.57. Le recours pour excès de pouvoir fut ouvert à un cocontractant de l'administration contre un acte détachable du contrat dont le contentieux appartient aux tribunaux judiciaires en vertu d'une disposition législative.

(163) Kornprobst, *op. cit.*, pp. 69-70.

(164) Odent, *op. cit.*, pp. 846 et s.

C. — L'exemple du contentieux électoral (165).

385. — Dans deux arrêts célèbres, Falco et Vidaillac, et Simonnet, le Conseil d'Etat accueillit des recours pour excès de pouvoir contre des opérations électorales alors qu'aucun texte ne conférait une telle compétence à un juge quelconque (166). Il y eut, à cette occasion, conflit entre plusieurs solutions concevables : absence de tout recours, recours porté devant le juge ordinaire de l'élection ou recours pour excès de pouvoir. Le juge naturel du contentieux électoral est le Tribunal Administratif compétent pour connaître des litiges nés à l'occasion des élections des membres des assemblées communales, départementales et d'un certain nombre d'autres organismes non politiques, à l'exclusion des assemblées parlementaires dont il ne contrôle que les actes séparables des opérations électorales (167). C'est un contentieux objectif qui, par sa forme, s'apparente au plein contentieux et présente un caractère autonome. Le Conseil d'Etat a envisagé restrictivement son application pour quelques organismes de caractère politique ou administratif.

Dans l'affaire Falco et Vidaillac, le sieur Amiaut prétendait que, dans le silence des textes, le contrôle d'une élection serait nécessairement un plein contentieux qui, par la large compétence qu'il offre au juge rendrait impossible un recours pour excès de pouvoir (168). Le commissaire du gouvernement estima, au contraire, qu'à défaut un recours de plein contentieux le juge de l'excès de pouvoir pouvait réapparaître comme juge « naturel » de cette élection (169). Le problème fut résolu de la même manière dans l'arrêt Simonnet, dont le recours fut déclaré recevable par le Conseil d'Etat à l'occasion d'une nomination au Conseil Economique (170). Les élections aux ordres professionnels ont donné naissance à des problèmes semblables que le Conseil d'Etat a résolu de façon identique en acceptant d'annuler — par la seule voie du recours pour excès de pouvoir — l'élection du Bureau des Présidents des Chambres des Métiers (171).

(165) H. Bonneau, « Contentieux électoral », *in Jurisclasseur administratif*, fasc. 760 et 761.

(166) Voir *supra*, p. 238.

(167) C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, Rec., p. 320. La Constitution de 1958 n'a rien changé à cette jurisprudence.

(168) Il s'appuyait sur une jurisprudence constante. Le juge de l'excès de pouvoir en vertu de l'exception du recours parallèle ne pouvait connaître ni l'enregistrement des candidatures (C.E., 2 novembre 1951, Tixier, Rec., p. 711), ni la convocation des électeurs (C.E., 20-12-1946, Catalan, Rec. p. 416) ni une question d'éligibilité (commune de Genouille, 30 avril 1947, Rec. p. 590).

(169) L'éligibilité d'un candidat reste une question détachable qui, à défaut d'un juge de l'élection doit être examinée par le juge de l'excès de pouvoir, Concl. Donnedieu de Vabres, R.D.P., 1953, p. 467.

(170) C.E., 27 mars 1956, Rec. p. 332, Chambre des Métiers du Calvados.

(171) C.E. Ass. Plén., 27 octobre 1961, Rec. 594. Le regroupement national, C.E. Ass., 19 octobre 1962, Brocas, Rec. 553 et *infra*, p. 252. Cependant, le Conseil d'Etat se déclare incompétent dès lors qu'une opération implique l'appréciation d'une opération s'insérant dans l'ensemble des opérations électorales législatives, C.E. Ass. Plén., 11 janvier 1963, sieur Rebeuf, concl. Henry, Rec. p. 18.

Par un autre mouvement qui accentue le précédent, le juge de l'excès de pouvoir a eu tendance à développer la notion d'acte détachable des opérations électorales ce qui l'a amené à se déclarer compétent pour connaître les décrets fixant les conditions dans lesquelles les partis politiques pouvaient participer à une campagne de référendum (172).

386. — Cette jurisprudence tend à montrer que, mis à part le cas où le juge de l'élection a été nommément désigné par le législateur, le recours pour excès de pouvoir devient la seule voie ouverte à l'occasion du contentieux électoral (173).

Cette affirmation renverse la proposition selon laquelle l'annulation des élections aurait été réservée au juge de l'élection, sauf actes détachables de celle-ci. Nous sommes en présence d'une évolution qui a, non seulement pour effet de marquer le recul de l'exception du recours parallèle, mais d'éloigner les limites au principe général de droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun.

§ 3. — Les actes de gouvernement et le principe du recours pour excès de pouvoir.

387. — La portée du principe du recours pour excès de pouvoir serait considérablement restreinte, au moins au plan théorique, si un certain nombre d'actes, émanés d'autorités administratives et pris selon les formes administratives, échappaient au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Il existe encore des actes qualifiés d'actes de gouvernement qui échappent à tout contrôle du juge.

La liste des actes de gouvernement, longue au début du siècle dernier, tend à se restreindre considérablement alors que les théories explicatives se multiplient (174). Ces théories n'ont pas toujours mis en relief la contradiction, difficilement justifiable, qui existe entre le principe général du recours pour excès de pouvoir et la règle de

(172) C.E. Ass. Plén., 27 octobre 1961, Rec. 594. Le regroupement national, C.E. Ass., 19 octobre 1962, Brocas, Rec. 553. Cependant, le Conseil d'Etat se déclare incompétent dès lors qu'une opération implique l'appréciation d'une opération s'insérant dans l'ensemble des opérations électorales législatives ; C.E. Ass., 11 janvier 1963, sieur Rebeuf, concl. Henry, Rec. p. 18.

(173) Cependant le Conseil d'Etat prit une décision plus restrictive à la demande du commissaire du gouvernement Laurent qui considérait que le recours pour excès de pouvoir revêt en matière électorale un caractère très subsidiaire : C.E. Sec., 16 décembre 1955, Fédération Nationale des syndicats de police de France d'Outre-Mer, Rec., p. 596.

(174) Une bibliographie considérable existe : Auby et Drago, *op. cit.*, pp. 71-89 ; Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime », D. 1958, chr. pp. 5 et s. ; Mignon, « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement, progrès nécessaires du concept de légalité », R.A. 1951, p. 30 ; Virally, « L'introuvable acte du gouvernement », R.D.P., 1952, p. 317.

l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement. Le laconisme jurisprudentiel ne facilite pas la tâche des commentateurs qui ont toute chance de trouver une explication qui satisfasse chacun sans trouver de vérification ou d'infirmation jurisprudentielle. L'incertitude provient, notamment, de ce que les auteurs ne sont pas d'accord sur la définition de l'acte de gouvernement. Sans prétendre lever chacune de ces difficultés nous tenterons d'analyser les théories explicatives des actes de gouvernement au regard du principe de la légalité (175), et d'enregistrer les progrès du recours pour excès de pouvoir face à tels actes.

A. — Les théories explicatives des actes de gouvernement et le principe de la légalité.

388. — Plusieurs théories ont vu le jour depuis le début du siècle qui démontent le mécanisme de l'acte de gouvernement mais offrent rarement une explication complète. Les théories « négatrices » tentent de démontrer l'inexistence des actes de gouvernement. On les avance, notamment, à propos d'actes de portée internationale. Dans ce cas, lorsqu'il n'y a pas dessaisissement ou désintéressement du Parlement, l'ensemble des relations internationales ne peuvent être considérées comme constitutives d'actes administratifs. Cependant une ombre demeure pour les litiges qui concernent des questions de droit interne, tout en ayant des dimensions internationales (176). La réparation des dommages de guerre par une puissance étrangère est bien un problème de droit international, mais la répartition des indemnités entre les bénéficiaires échappe au contrôle du juge, alors qu'elle résulte d'une décision d'un oragne administratif interne (177). Les théories négatrices sont optimistes et n'expliquent pas certaines atteintes au principe de la légalité.

La thèse de M. Virally sur l'irrecevabilité des actes qui mettent en jeu les relations du gouvernement avec Parlement est tout aussi négatrice. Mais il est exact que la responsabilité gouvernementale

(175) Certains de ces actes ne mettent pas directement en jeu le principe de la légalité parce qu'ils comportent une responsabilité politique de leur auteur. Celle-ci, sans être suffisante, réalise les conditions minimales de l'état de droit. L'esprit, sinon la lettre (qui serait le recours pour excès de pouvoir), du principe de la légalité est satisfait. On peut citer ici les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement. Le refus de déposer un projet de loi participe plus de la vie politique que de l'organisation administrative. L'élaboration des conventions internationales et le fonctionnement des services diplomatiques français à l'étranger échappent, sans que la logique juridique en souffre trop, au contrôle de légalité. Les actes par lesquels la Nation dispose de souveraineté échappent également au contrôle du juge. Dans ces hypothèses le Parlement pourra subsituer à l'incompétence du juge sa vigilance.

(176) C'est le cas de l'exécution de conventions passées avec un Etat étranger (C.E., 11 août 1944, Boussac, Rec. 251) ou de la répartition par l'Etat français d'indemnités versées par un gouvernement étranger (C.E., 29 octobre 1954, Taurin et Merienne, note F.P. Benoît, D. 1955.J.367).

(177) Voir note Bénoit, précitée, p. 368.

devant le Parlement est certainement aussi démocratique que l'annulation, par le juge, de certains actes.

Très différente des précédentes, la thèse du commissaire du gouvernement Célier (178) est séduisante non seulement parce qu'elle émane d'un membre du Conseil d'Etat, mais aussi parce qu'elle restreint considérablement l'atteinte portée au principe de la légalité par les actes de gouvernement. L'acte « mixte » ou de gouvernement échappe à tout contrôle juridictionnel, non parce qu'il doit bénéficier d'une immunité de principe mais parce qu'il met en cause une autre autorité que le pouvoir exécutif : le Parlement ou une puissance étrangère. Cette explication sauvegarde les impératifs du principe de la légalité.

Mais ces théories sont insuffisantes dans la mesure où, en niant l'existence du problème, elles ne l'expliquent pas. Elles présentent l'intérêt d'avoir permis de ne plus envisager l'acte du gouvernement comme un « monstre ». Elles ont eu la faiblesse de faire de lui « une victime » (179). Le domaine des actes de gouvernement, *stricto sensu*, atteinte injustifiable au principe de la légalité est assez restreint. Il y a effectivement acte de gouvernement lorsqu'un acte « se « rattache à l'exercice de la fonction gouvernementale opposée à la « fonction administrative qu'assume également l'exécutif » (180). Le dédoublement fonctionnel des autorités exécutives permet de constater l'existence des actes de gouvernement et non de justifier leur survivance. L'acte de gouvernement *stricto sensu* serait un acte administratif par la forme qui se rattache à la fonction politique du gouvernement et ne serait susceptible que d'engager la responsabilité politique ou internationale du gouvernement. Il constitue une restriction au principe général de la légalité. Les actes de gouvernement ne présentent un danger d'arbitraire que dans la mesure où le gouvernement n'est pas susceptible d'engager, par eux et pour eux, sa responsabilité politique ou internationale. On peut dire qu'il n'y a acte de gouvernement que dans ce cas. La mise en œuvre d'un tel critère est très délicate. La constatation d'une responsabilité politique ou internationale est hypothétique. C'est pourquoi ce critère n'a pas de prétention spécifique. Il est plus une base de discussion ou de réflexion et a très certainement reçu application dans l'évolution jurisprudentielle d'après guerre.

B. — Le principe de légalité et la restriction des actes de gouvernement.

389. — Le Conseil d'Etat a considérablement restreint la notion d'acte de gouvernement qu'il avait forgé et a étendu, à certains actes, la censure du recours pour excès de pouvoir.

(178) C.E., 28 mars 1947, Gombert, précité, concl. Célier, S. 1947.3.89.

(179) Cf. Chapus, « L'acte du gouvernement, monstre ou victime », D. 1958, chr. p. 5.

(180) Auby et Drago, *op. cit.*, p. 287 et Chapus, *op. cit.*

Pendant longtemps, le juge a penché pour l'incompétence dans le contentieux électoral parlementaire. Les décisions préfectorales, en matière d'apparentement, ne pouvaient donner lieu à un recours en annulation, mais un arrêt d'Assemblée de 1960 (181) paraît avoir mis un terme à cette réserve. Le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour connaître d'un décret concernant les déclarations de candidature et les conditions d'éligibilité aux élections cantonales. Dans sa jurisprudence antérieure, il se serait déclaré incompétent en reconnaissant l'existence d'un acte du gouvernement (182). Le Conseil d'Etat, avec plus de solennité qu'en 1960, a renoncé, en 1962, à voir dans les actes préparatoires d'un scrutin de référendum, un acte de gouvernement et motivé de façon plus précise sa décision. Le sieur Brocas (183) estimait illégaux les décrets fixant la liste des partis politiques admis à utiliser les ondes de la R.T.F. et les conditions générales du scrutin référendaire du 28 octobre 1962. Il obtint satisfaction, car les décrets attaqués « sont des actes administratifs sur la légalité desquels il appartient au Conseil d'Etat de statuer ».

390. — *Le revirement jurisprudentiel* que représente l'arrêt Brocas est important à un double titre :

— Les actes de gouvernement demeurent, mais le principe de la légalité peut être assuré par la responsabilité politique du gouvernement. Dans l'arrêt Brocas, la qualité d'acte du gouvernement est reconnue au seul décret du 4 octobre 1962 qui décide de soumettre un projet de loi au référendum. Le Président de la République a pris ainsi « un acte qui intéresse au premier chef les rapports du gouvernement et du Parlement ». Le commissaire du gouvernement donne ainsi un sens large à la notion d'acte du gouvernement. Pourtant, la responsabilité politique du gouvernement a été engagée à l'occasion de ce décret. Le gouvernement de M. Pompidou a dû se retirer à la suite de l'adoption, par le Parlement, d'une notion de censure du même jour (184). Elle mettait directement en cause « l'acte de gouvernement » par lequel le projet de révision constitutionnelle était soumis au peuple français « en violation de la Constitution ». Pour un tel acte, le principe de la légalité qu'aurait mis en œuvre le recours pour excès de pouvoir n'était pas battu en brèche. Le principe de légalité a

(181) C.E. Ass. Plénière, 27 mai 1960, Lagaillarde, Rec. p. 369. Voir également pour une opération préliminaire au référendum, C.E., 27 octobre 1961 « Le regroupement national », Rec. p. 594 ; l'arrêt laissait subsister cependant une certaine marge d'incertitude. Comme dans l'arrêt Tixier (voir *infra*), il ne s'agit pas de véritables actes du gouvernement : le Parlement (C.E. Tixier) ou le Conseil constitutionnel (C.E. « Regroupement national ») pouvaient être considérés comme juge du contentieux électoral.

(182) C.E., 8 juin 1951, Hirschowitz, Rec. p. 320 ; C.E., 7 novembre 1951, Tixier, p. 512.

(183) C.E. Ass. plén., 19 octobre 1962, Brocas, Rec. p. 553, concl. Bernard, D. 1962, p. 702 et R.D.P., 1962, p. 1180, chr. de Laubadère, A.J.D.A., 1962, p. 612.

(184) Elle recueillit 280 voix (majorité requise : 241) cf. « Le Monde », 6 octobre 1962 et « L'année politique », 1962, annexes, p. 679.

été assuré par d'autres moyens qui assurent sa sauvegarde avec autant d'efficacité : la souveraineté et la volonté du Parlement et du peuple.

— L'arrêt Brocas marque, en second lieu, un net recul de l'acte de gouvernement dans un domaine assez particulier. Il décide que certains actes considérés auparavant comme actes de gouvernement sont des actes administratifs et, dès lors, ils sont soumis au contentieux de l'annulation. Or, le contentieux électoral, en général, et les actes préparatoires au scrutin, en particulier, sont à la frange de l'acte de gouvernement. On peut invoquer à leur propos l'exception du recours parallèle assumée par les assemblées parlementaires, ou, maintenant, par le Conseil constitutionnel. Mais ici, il n'en était rien. Ni le Parlement, ni le Conseil constitutionnel ne pouvaient, juridiquement et matériellement, censurer les décrets du 6 octobre 1962, relatifs aux modalités de propagande électorale. Le Conseil d'Etat, sensible aux exigences du principe de la légalité s'est reconnu compétent pour contrôler la légalité de tels actes.

391. — *Les exigences du principe du recours pour excès de pouvoir sont absolues* et ne peuvent être conciliées avec l'existence d'actes de gouvernement, *stricto sensu*. Il n'y a acte de gouvernement que par la volonté du juge. Il y a principe de la légalité, mis en œuvre par le recours pour excès de pouvoir par une volonté supérieure à celle du juge. Le Conseil d'Etat doit en tirer les conclusions qui s'imposent à lui. Si la responsabilité politique du gouvernement ne peut être mise juridiquement en jeu, tout acte, dès lors qu'il est pris selon les formes administratives, est un acte administratif susceptible d'être soumis au contrôle de la légalité.

Ce n'est pas émettre un vœu pieux que conclure dans ce sens; c'est se soumettre aux impératifs juridiques les plus contraignants et à la jurisprudence dame Lamotte. Il reste naturellement la possibilité d'affirmer que tels actes concernant les rapports du gouvernement avec le Parlement ou une puissance étrangère ne sont pas des actes administratifs. Mais le Conseil d'Etat peut-il tolérer une évolution rétrograde qui contredirait l'élargissement de l'acte administratif enregistré dans tous les autres secteurs de l'activité administrative ? Le principe de la légalité ne se satisfait pas de la restriction des actes du gouvernement, il impose leur disparition, comme il réclame la fin de l'immunité de certains actes concernant l'exercice de la mission judiciaire.

§ 4. — Les actes concernant l'exercice de la mission judiciaire.

392. — Le juge administratif est incompétent pour connaître de tout acte, même émané d'une autorité administrative, dès lors qu'il s'applique à l'exercice même de la fonction juridictionnelle. Mais, « le pouvoir judiciaire dépend du pouvoir exécutif puisqu'il existe « un ministre de la Justice et un service public de la justice qui, dans

« une certaine mesure à déterminer, sont des services administra-« tifs », constatait Hauriou (185). C'est cette mesure qu'il est bien malaisé de déterminer. Le principe du recours pour excès de pouvoir, sans apporter une clarté totale à la matière, a contribué fortement à *développer la notion d'acte se rattachant aux activités judiciaires, mais susceptible de faire l'objet d'un contrôle administratif.* Si l'on adopte un critère organique, apparemment délaissé par la jurisprudence (186), mais retenu par une partie de la doctrine (187), les services de la justice font apparaître deux grandes catégories d'actes :

1) Les actes concernant l'exercice de la mission judiciaire.

2) Les actes concernant l'administration du service judiciaire. Les litiges relatifs à l'administration judiciaire, service public au même titre que d'autres, relèvent naturellement, sauf exception, de la compétence administrative car, constate M. Gour, ils englobent « toutes « les décisions prises par les autorités publiques, judiciaires ou admi-« nistratives, qui ne concernent pas à titre direct un droit privé, un « intérêt particulier, mais qui ont pour objet l'aménagement du « service » (188). Par ce que ces décisions sont des actes unilatéraux

(185) Hauriou, note sous C.E., 10 novembre 1916, Passion, S. 1918.3.17.

(186) L'arrêt « Préfet de la Guyanne » (T.C., 27 novembre 1952, note Vedel, J.C.P. 1953.II.758) retient un critère fonctionnel : « Les actes incriminés sont relatifs, non à l'exercice de *fonction* juridictionnelle, mais à *l'organisation* même du service public de la justice. » Clair par sa formulation, ce critère ne cesse de soulever des difficultés dans son application.

(187) C. G. Gour, « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », L.G.D.J., 1960. Dans la préface, M. Couzinet défend le critère organique soutenu par l'auteur (voir p. V). MM. Auby et Drago développent également ce critère : mission judiciaire-administration du service judiciaire (*op. cit.*, T. I, n^{os} 418-433).

(188) Voir Gour, *op. cit.*, p. 45. L'auteur précise par ailleurs « administrer le « service judiciaire, c'est organiser sur le plan concret les juridictions et les « organes judiciaires connexes, pourvoir les cours et les tribunaux en magistrats, « assurer leur répartition et leur roulement entre les officiers ministériels et contrô-« ler leurs compagnies, veiller à la bonne répartition des offices, assurer la présence « des auxiliaires de justice près les tribunaux, gérer la carrière des magistrats « et maintenir la discipline des agents judiciaires dans leur ensemble » (*op. cit.*, p. 47).

Voir T.C., 27 novembre 1952, « Préfet de la Guyane », précité (dommage causé aux officiers ministériels par l'absence de magistrats en nombre suffisant) C.E., 23 mai 1952, ville de Dié, Rec., p. 272, note Hébraud, Rev. Trim. de Droit civil, 1953, p. 278 (décret supprimant un tribunal d'instance) ; C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Rec., p. 175, précité (contentieux des élections au Conseil Supérieur de la magistrature).

C.E., 27 mai 1949, Vernon-Reville, note Delpech, concl. Odent, S. 1949.III.81 (application du statut des magistrats de l'ordre judiciaire) ; C.E., 2 mai 1958, Martin Caille, Rec., p. 321 (Statut des auxiliaires de justice) ; C.E., 11 mai 1953, Roffe, note de Laubadère, S. 1953.III.1. Certains actes d'administration du service judiciaire étant inséparables de la mission judiciaire échappent au juge administratif : C.E., 13 juillet 1961, Jobard, Rec. p. 337 (établissement de la liste annuelle des syndics et administrateurs judiciaires pouvant être désignés par les tribunaux).

classiques qui ne posent aucun problème au plan des principes généraux de procédure, elles ne seront pas étudiées ici.

En revanche, les actes concernant l'exercice de la mission judiciaire échappaient traditionnellement à la censure du juge administratif, mais sous l'influence des principes généraux de procédure, certains d'entre eux relèvent désormais de son contrôle. Il convient d'envisager successivement le principe du non-contrôle juridictionnel des actes concernant la mission judiciaire et l'influence du principe du recours pour excès de pouvoir sur ces actes.

A. — Le principe du non-controle de la légalité des actes concernant la mission judiciaire (189).

393. — La mission judiciaire que constitue l'exercice de la fonction juridictionnelle et la sauvegarde des « droits privés » fait apparaître deux catégories d'actes : les actes juridictionnels proprement dits et ceux qui ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée, mais qui, comme les premiers échappent à la compétence de la juridiction administrative, et ne relèvent pas toujours du contrôle judiciaire.

Le fondement de cette quasi-immunité juridictionnelle diffère selon les activités intéressées. C'est d'abord le principe de la séparation des pouvoirs qui, non seulement établit un partage des compétences juridictionnelles, mais enjoint la juridiction administrative de ne pas « s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire » (190). A ce fondement traditionnel (191) qui vaut essentiellement pour les actes juridictionnels, il faut ajouter l'idée que les juridictions judiciaires, protectrices de la liberté individuelle, sont plus aptes à connaître des litiges nés de l'exécution de ce service public qui doit bénéficier d'une indépendance particulière, bien que la qualité de « Pouvoir » ne lui soit plus reconnue constitutionnellement.

Outre les actes juridictionnels, un certain nombre d'actes ne relèvent pas de la compétence des juridictions administratives. Ce sont, essentiellement, les actes préparatoires aux décisions judiciaires et les actes d'exécution des jugements.

(189) Nous excluons de cette étude les règles relatives à l'incompétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité à l'occasion des actes du même type. Sur la question, voir note de J. Moreau sous C.E., 8 mars 1963, Masetti, J.C.P., 1963.13.268 ; voir également les conclusions de M. Heumann sur le même arrêt, R.D.P., 1963, p. 288.

(190) Art. 189 de la Constitution de l'An III, complétant sur ce point la loi des 16-24 août 1790 et celle du 16 fructidor An III.

(191) Voir Laferrière, *op. cit.*, 2e éd., T. I, p. 486 et conclusions Delvolvé sur T.C., 7 juin 1951, dame Novalek, Rec. p. 637 : « Le fondement de cette jurispru-« dence c'est le principe de la séparation des autorités administratives et judi-« ciaires, mais examiné cette fois sous un aspect protecteur de l'indépendance de « l'autorité de la fonction judiciaire, tel qu'il était souligné notamment par l'article 189 de la Constitution de l'An III. »

1) *Les actes préparatoires aux décisions judiciaires proprement dites.*

394. — Les actes préparatoires aux décisions judiciaires sont extrêmement nombreux, notamment en matière pénale où la collaboration des autorités (administratives et judiciaires) est rendue nécessaire par le caractère particulier de l'instruction. Quel que soit leur auteur, ces actes échappent, par nature, au contrôle de la légalité.

Sans tenter une énumération exhaustive des actes judiciaires de ce type, quelques exemples peuvent être donnés : toutes les décisions se rattachant à la saisine des juridictions judiciaires relèvent, de façon générale, de la compétence judiciaire (192). Cette solution a été étendue à tous les actes de procédure et d'instruction sans qu'il soit tenu compte de la qualité de celui dont ils sont émanés. C'est sur cette base que les perquisitions et saisies décidées ou autorisées par le préfet en vertu de l'article 10 du Code de Procédure pénale et, de façon plus générale tous actes de police judiciaire échappent au contrôle du juge administratif (193). Malgré les tentatives réitérées du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat, le contentieux des arrestations et détentions irrégulières ou arbitraires relève désormais de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle (194).

L'incompétence de la juridiction administrative est donc de principe pour toutes ces décisions qui concourent à la préparation de l'acte juridictionnel dont l'immunité ne saurait faire de doute à rai-

(192) Il en va ainsi d'actes émanés d'autorités administratives agissant en qualité d'officier de police judiciaire : C.E., 29 janvier 1954, Jolivot, Rec. p. 94 (Interdiction par le maire au garde-champêtre de constater certaines infractions) ; C.E., 11 mai 1962, Salan, concl. Henry, R.D.P., 1962, p. 542 (décret de renvoi d'un inculpé devant une juridiction d'exception).

(193) C.E., 20 avril 1956, « Sté les Quatre Frères », concl. Long, A.J.D.A., 1956.II.190 ; C.E., 28 mai 1935, Camino P., 624 (arrêté préfectoral désignant un expert au cours d'une instruction). De façon générale, tous les actes de police judiciaire entraînent la même incompétence du juge administratif (apposition de scellés, perquisition, saisies ordonnées par le juge d'instruction), C.E., 11 mai 1951, Consorts Baud, concl. Delvolvé, note Drago, S. 1952.3.12.

(194) Le législateur a dû modifier, par la loi du 31 décembre 1957, la rédaction de l'article 112 du Code d'instruction criminelle (devenu art. 136 du Code de procédure pénale) pour interdire aux juridictions administratives de connaître du contentieux des détentions, et arrestations irrégulières, notamment à la suite de la jurisprudence dame de la Murette (T.C., 27 mars 1952). Commenté abondamment, cet arrêt fut dans l'ensemble critiqué (voir note Grawitz, S. 1952.3.81, note Eisenmann, D. 1954.J.291, note Waline, R.D.P., 1952, p. 757 et note Liet-Veaux, Rev. adm., 1952, p. 268. Voir également Eisenmann, « Le contentieux des attentés arbitraires à la liberté et à la sécurité individuelle », R.P.D.A., 1956, p. 1). Malgré les précisions apportées par le législateur, certaines difficultés subsistent et le Tribunal des Conflits, aussi bien que le Conseil d'Etat continuent d'interpréter restrictivement l'article 132 du Code de procédure pénale et la notion d'« attentat à la liberté » (art. 114 à 122 du Code pénal) voir notamment T.C., 16 novembre 1964, Préfet du Lot-et-Garonne, Tribunal de grande instance d'Agen, sieur Clément, Etat. note Demichel, D. 1965.J.669.

son de l'autorité de la chose jugée dont il est entouré (195). Cette incompétence se prolonge au delà de cette décision, les mesures d'exécution des jugements étant soumises au même régime que les actes préparatoires.

2) *Les actes d'exécution des jugements.*

395. — Les divers actes pris pour l'exécution d'un jugement judiciaire relèvent de la seule autorité judiciaire (196). Cette solution vaut même pour ceux des actes qui ont été faits par les autorités administratives. On les rencontre au cas d'exécution forcée d'un jugement et pour les jugements infligeant des sanctions pénales. Les juridictions administratives ne peuvent apprécier la validité des actes pris par les autorités administratives pour l'exécution forcée d'un jugement judiciaire hormis le cas où cette exécution a nécessité le concours de la force publique (197). L'exécution des jugements répressifs est soustraite à la connaissance du juge administratif. Longtemps considérées comme actes de gouvernement, les décisions du chef de l'Etat en matière de grâce et les conditions dans lesquelles s'exécutent les peines ne subissent aucun contrôle de la légalité (198).

396. — Tous ces actes relatifs à la mission juridictionnelle présentent une double qualité qui milite en faveur de leur contrôle par le juge administratif.

1) Ils peuvent émaner d'autorités administratives qui, en vertu d'un certain dédoublement fonctionnel, exercent des fonctions juridictionnelles (police judiciaire, exécution des jugements, etc.).

2) Aucune de ces décisions ne constituent un acte juridictionnel.

Il faut remarquer enfin, et c'est en cela que les actes judiciaires constituent une limite au principe du recours pour excès de pouvoir, que certains d'entre eux bénéficient d'une immunité juridictionnelle totale. Le principe général de procédure a cependant réagi en cette matière sur des points déterminés.

(195) L'incompétence du juge administratif s'étend même aux actes d'administration judiciaire ; C.E., 30 mai 1952, dame Kirkwood, Rec., p. 291 et C.E., 5 janvier 1957, Popov, Rec., p. 12 (avis de la Chambre des Mises en accusation en matière d'extradition).

(196) Il faut cependant tenir compte des actes détachables de l'exécution du jugement. Les opérations de sequestre peuvent faire intervenir une autorité administrative et entamer la compétence administrative, C.E., 9 décembre 1959, Arnaud et Sté Emmop, Rec., p. 660 : un préfet maintient un séquestré administratif après la levée du séquestre judiciaire.

(197) C.E., 7 novembre 1923, Couitéas, concl. Rivet, D. 1923.III.61 ; C.E., 20 novembre 1952, Klein, note G.N., J.C.P., 1953.II.7346.

(198) En matière de grâce, voir C.E., 28 mars 1947, S. 1947.3.89, concl. Celier, note Waline, R.D.P., 1947, p. 95, voir également Gour, *op. cit.*, pp. 95-98 et pp. 225-236.

B. — Le controle de la légalité de certains actes concernant la mission judiciaire.

397. — Sous l'impulsion du principe du recours pour excès de pouvoir, certains actes émanés d'autorités administratives, et jusqu'alors considérés comme étant relatifs à la mission juridictionnelle des autorités judiciaires, ont été disqualifiés par le juge administratif ou simplement relevés de l'immunité juridictionnelle dont ils bénéficiaient.

1) *La disqualification des actes dè police judiciaire : C.E., 24 juin 1960, Sté Frampar* (199).

398. — Rarement le Conseil d'Etat n'a fait prévaloir avec autant de succès la réalité sur les apparences pour restituer à des actes leur nature réelle qu'en matière de saisie de presse effectuée sur la base de l'article 10 du Code d'instruction criminelle (devenu art. 30 du Code de Procédure pénale). Traditionnellement lorsqu'une saisie était ordonnée par le préfet sur la base de cet article elle était considérée comme constituant une mesure de police judiciaire (200) échappant à tout contrôle. Les ambiguïtés résultant de l'article 10 étaient fâcheuses tant au plan de la légalité qu'au plan des intérêts (financiers, notamment) du justiciable.

En effet, l'autorité préfectorale pouvait procéder à des saisies de presse en sa double qualité d'autorité de police générale (saisie administrative) et d'autorité de police judiciaire (saisie judiciaire). Dans le premier cas, un recours administratif était possible, dans le second pas. Il était donc tentant pour le préfet d'utiliser les possibilités que lui offrait ce dédoublement fonctionnel et d'invoquer, même en l'absence de poursuites pénales effectives, l'application de l'article 10 pour se soustraire à la légalité.

Seule une distinction rigoureuse des deux types de saisies, sous le contrôle du juge, pouvait satisfaire les impératifs de la légalité. Le commissaire du gouvernement Heumann parvint à convaincre le Conseil d'Etat que le préfet d'Alger « s'il a donné aux saisies litigieu-« ses l'aspect extérieur d'actes de police judiciaire prises au titre de « l'article 10 du Code d'instruction criminelle a, en réalité, prononcé « des mesures préventives de police administrative ».

C'est alors qu'apparaît l'influence du principe général selon lequel « tout acte administratif peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». M. Heumann, tirant les conclusions du détournement de procédure dont s'était rendu coupable le préfet d'Alger prononçant la saisie (judiciaire) des journaux *Le Monde* et *France-Soir* par arrêtés

(199) C.E., 24 juin 1960, Sté S.A.R.L., « Le Monde » et « Sté Frampar, Sté France, Editions et publications », concl. Heumann, R.D.P., 1960, pp. 85 et s., note Debbasch, S. 1960.348, note Gour, J.C.P., 1960.II.743, G.A.J.A., p. 479.

(200) T.C. 25 mars 1889, Darfeuille, Rec., p. 471, voir également Heumann, concl. précitées, pp. 818-819.

du 29 décembre 1956 et du 7 janvier 1957, proposa la disqualification de ces décisions dans des termes repris par la Haute Assemblée administrative : « Il appartient au juge administratif de restituer à ces « actes déguisés leur véritable objet et leur véritable nature juridi- « que et d'affirmer qu'ils constituent des décisions administratives « dont la légalité ne peut être appréciée que par la juridiction « administrative » (201).

Au plan du principe du recours pour excès de pouvoir, les arrêts S.A.R.L. *Le Monde* et « Sté Frampar et Sté France Editions et Publications » conduisent à une double conclusion :

— Le juge administratif ne rejette pas sans examen des décisions qui ont toutes les « apparences » d'actes de police judiciaire (202).

— Le juge procède à la disqualification ou à la requalification (203) des actes de police judiciaire après vérification de la nature et de l'objet de l'opération de police.

2) *Les décrets d'amnistie individuelle : C.E., 24 novembre 1961, Electricité de Strasbourg/Schaub.*

399. — Le Conseil d'Etat interprète plus restrictivement que jadis la notion et la mesure « liées à l'exécution d'une peine » qui conduisaient, en matière d'amnistie, à une immunité totale des actes de l'exécutif.

Le décret d'amnistie individuelle ne participe de la même nature que le droit de grâce, acte régalien dont le juge ne peut contrôler l'exercice (204). Pour personnaliser l'amnistie, acte d'oubli, le législateur confie au pouvoir exécutif le soin d'en faire bénéficier, individuellement et non plus collectivement, certaines catégories de délinquants. L'existence de tels décrets individuels modifie les données anciennes qui résultaient de la nature législative de l'amnistie. Le juge administratif peut-il examiner la légalité de ces décrets alors qu'ils interviennent à la suite d'une procédure pénale ?

Pour contrôler des décrets d'amnistie individuelle, la Haute Assemblée a eu recours à une argumentation simple, mais irréfutable. Parce qu'ils sont signés du Président du Conseil (et désormais du Président de la République), ce « *sont des actes émanant d'une autorité administrative* » (205). Le Conseil d'Etat rejette par avance tous les arguments qui pourraient lui être opposés : « si de tels actes interviennent « en égard à leur objet à la suite des condamnations prononcées par « l'autorité judiciaire, cette circonstance n'est pas de nature à faire

(201) *Loc. cit.*, p. 819.

(202) Cette solution était en germe dans les décisions antérieures, T.C., 7 juin 1951, Consorts Novalek, concl. Delvolvé, Rec., p. 637 et C.E., 18 juin 1954, Bertrand, Rec., p. 321, C.E., 2 décembre 1955, Dehove, Rec., p. 518.

(203) C'est l'expression utilisée par M. Heumann, *loc. cit.*, p. 812.

(204) Voir *supra*, C.E., 28 mars 1947, Gombert, S. 1947.3.89.

(205) Voir *supra*, Electricité de Strasbourg/Schaub, concl. Heumann, R.D.P., 1962, p. 339, et *supra*, p. 238.

« obstacle à l'exercice par la juridiction administrative de son pou-« voir de contrôler leur légalité » (206). Dans ses conclusions, le commissaire Heumann avait invoqué le sésame du principe du recours pour excès de pouvoir et l'arrêt Lamotte (C.E., 17 février 1950, Rec., p. 110).

L'attitude de prudence du Conseil d'Etat tant à l'égard du service judiciaire que des rapports du gouvernement avec le Parlement ou avec les Etats étrangers est d'autant plus grave que dans certains cas son refus équivaut à conférer à des actes juridiques une immunité juridictionnelle complète. La hantise du déni de justice et le respect du principe du recours pour excès de pouvoir devraient interdire au juge administratif de se déclarer incompétent quand aucune voie juridictionnelle n'est ouverte au requérant. Les progrès enregistrés par le principe du recours pour excès de pouvoir dans le domaine des actes concourant à l'exercice de la mission judiciaire et de ceux qualifiés autrefois d'acte de gouvernement font augurer une évolution favorable de la légalité.

400. — *Conclusion du Titre premier.* Le droit à l'action est incomplètement garanti par les principes généraux de procédure qui n'affirment et ne protègent que le recours pour excès de pouvoir. *Tous les actes administratifs, quelles que soient les autorités dont ils émanent, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.* Le principe étudié est d'une ampleur inconnue jusqu'ici. Il s'applique *dans le silence des textes particuliers* et ne s'efface que devant la *volonté expresse du législateur et les actes de gouvernement.* Elément fondamental de la légalité, le principe du recours pour excès de pouvoir a servi à maintenir l'état de droit, face aux violations de libertés individuelles et publiques et facilite le contrôle de certains actes demeurés jusqu'alors injusticiables.

(206) La même motivation a été reprise dans l'arrêt Louis Delmas de Polignac, Louis Pommery et Philippe Gaultier-Pommery, C.E., 22 novembre 1963, note Debbasch, D. 1964.J.161, obs. Fourré, Mme Puybasset, A.J.D.A., 1964, p. 23.

TITRE II

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A L'INSTANCE

401. — L'instance apparaît d'abord comme une série d'actes de procédure allant de la demande en justice au jugement. Envisagée sous ce seul angle, la description de l'instance est limitée à l'observation d'actes et de formes à accomplir, de délais à satisfaire et respecter. Cette apparence ordonnée de l'instance ne suffit pas à rendre compte de sa nature.

L'instance est également une activité juridique destinée à produire des effets de droit qui se développent par le lien d'instance unissant le juge aux parties et les plaideurs entre eux. Les effets de droit recherchés par les parties sont tous orientés vers la progression du procès (*pro-cedere*) afin de mettre un terme à la contestation.

Depuis la création de la juridiction administrative, l'instance a fait l'objet de la sollicitude des principes généraux de procédure, parce que le législateur avait singulièrement négligé le procès administratif qui était davantage issu du système bureaucratique que de la procédure juridictionnelle.

Par leurs fonctions dans l'instance deux catégories de principes généraux de procédure peuvent être dégagées. Les uns sont relatifs à *l'ensemble des actes* et opérations qui permettent à l'instance de progresser : ce sont essentiellement les droits de la défense; les autres ont prévu l'existence et organisé *les voies de recours* dont bénéficient les parties : principe général du recours en cassation, de l'appel, etc.

La fin assignée à tous ces principes généraux de procédure est la même : réaliser et garantir une égalité totale et sans restriction entre les parties à l'instance grâce aux interventions et par l'arbitrage du juge. *Sous l'influence des principes généraux de procédure, le déséquilibre fondamental qui caractérise les rapports normaux entre l'Administration et le particulier, disparaît dans le procès au profit*

d'une égalité réelle entre ceux qui sont devenus parties à l'instance. L'agencement des actes de l'instance vers le but recherché, le dénouement du litige ont amené à envisager successivement :

— Les principes généraux de procédure consacrant les diverses voies de recours (Sous-Titre Premier).

— Le principe général du respect des droits de la défense (Sous-Titre II).

SOUS-TITRE PREMIER

Les principes généraux de procédure consacrant les diverses voies de recours.

402. — Les voies de recours sont des moyens mis à la disposition des plaideurs pour obtenir un examen nouveau de leur affaire. Largement ouvertes par les principes généraux de procédure, les voies de recours constituent une garantie pour le justiciable contre tout risque d'erreur ou d'injustice; fortement protégées, par les mêmes principes, elles permettent au Conseil d'Etat d'exercer un contrôle direct ou indirect sur toutes les décisions rendues par les juridictions administratives. L'existence incontestée des voies de recours est une des conquêtes les plus remarquables des principes généraux de procédure qui s'est faite tant pour parer l'insuffisance des textes que pour lutter contre certaines tentatives du législateur ou du pouvoir réglementaire de limiter ou de supprimer certaines voies de recours.

403. — Selon que les recours portés devant une juridiction supérieure ou devant la juridiction même qui avait déjà statué, les voies de recours sont dites de réformation ou de rétractation. Les principes généraux de procédure ont plus solennellement consacrées les premières parce qu'elles sont des éléments essentiels pour la garantie des plaideurs et le contrôle que peut effectuer le Conseil d'Etat.

Nous pouvons envisager successivement :

— Les principes généraux de procédure consacrant les voies de réformation (Livre Premier).

— Les principes généraux de procédure consacrant les voies de rétractation (Livre II).

LIVRE PREMIER

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE CONSACRANT LES VOIES DE REFORMATION

404. — Le terme de *réformation* qualifie les recours portés devant une juridiction supérieure à celle qui avait été primitivement saisie. Sous l'impulsion des principes généraux de procédure, l'appel et le recours en cassation sont devenus des vois de recours ordinaires ouvertes à tous les plaideurs, sans qu'aucun texte exprès ne le prévoie. Par le caractère de droit commun reconnu à ces recours, le Conseil d'Etat assure l'unité d'application et d'interprétation du droit administratif et évite l'éclatement de la juridiction administrative en plusieurs ordres juridictionnels (juridiction politique, juridiction sociale). C'est vraisemblablement en tenant compte de l'importance de cet enjeu que les principes du double degré de juridiction et du recours en cassation ont été formulés avec une particulière solennité dans les arrêts Vernon (C.E., 4 février 1944) et d'Aillières (C.E., 7 février 1947).

405. — Les principes généraux de procédure ont non seulement prévu l'existence du recours en cassation et de l'appel contre la volonté du pouvoir politique, mais ils ont également précisé les modalités d'application de ces voies de recours. Cette double action des règles non écrites apparaîtra en étudiant successivement :

— Les principes généraux de l'appel (Chapitre Premier).

— Les principes généraux du recours en cassation (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

Les principes généraux de l'appel.

406. — L'appel est une voie de réformation par laquelle la décision d'une juridiction du premier degré est portée par la partie succombante devant une juridiction hiérarchiquement supérieure qui réexamine le litige dans son ensemble (1). L'appel a fait naître plusieurs principes généraux :

— Le principe du droit d'appel ou du double degré de juridiction.

— Différents principes qui régissent les modalités de l'appel.

L'étude de ces principes doit être précédée d'une précision terminologique et d'une explication méthodologique.

407. — En premier lieu, *peut-on parler indifféremment de droit d'appel et de double degré de juridiction ?* Il n'y a pas lieu de distinguer les deux expressions qui recouvrent exactement la même réalité, le droit pour les parties d'obtenir la réformation d'un jugement de première instance devant un juge hiérarchiquement supérieur (2). Il n'en demeure pas moins que chacun des deux concepts vise plus précisément l'une des faces de ce droit : le double degré de juridiction représente l'aspect *juridictionnel* (ou judiciaire) du droit des parties

(1) Voir CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, n° 411. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. 3, n°s 1317-1368. G. FEUR, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative », R.D.P., 1958, pp. 19 et s. GABOLDE, *op. cit.*, n°s 232 et s.

(2) Les processualistes ne donnent pas de sens univoque à l'une ou à l'autre des expressions, mais les assimilent totalement sans même prévenir, ni préciser leur détermination. Voir CORNU et FOYER (*op. cit.*, p. 120) : « Le principe du double degré de juridiction selon un principe universellement admis nommé droit d'appel... » ; voir également CUCHE et VINCENT (*op. cit.*, n° 411 et n°s 253 et s.). Par la place accordée à leurs développements, ces auteurs montrent néanmoins que le principe a une double face. Le n° 253 précité a pour titre, « *Le degré des juridictions* » (aspect judiciaire de l'appel) ; les n°s 411 et s. sont intitulés « *L'Appel* » (problème particulier de l'instance). Les publicistes ont adopté la même solution que les privatistes. Voir AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n°s 1317 et s.

que met en œuvre l'appel, prolongation originale de l'*instance*. Cette complémentarité explique l'indifférence du langage et rend les deux expressions ambivalentes. Cette première précision n'est satisfaisante que s'il en est apportée une seconde.

408. — *N'est-il pas arbitraire d'étudier l'appel dans le seul chapitre consacré à des principes qui modèlent l'instance ?* Il est bien évident que certains éléments de l'appel relèveront directement de l'instance alors que d'autres seront à rattacher à la juridiction. Mais le droit de la partie succombante d'obtenir réformation d'un jugement devant une juridiction supérieure forme un tout indissociable. C'est pourquoi le double degré de juridiction peut être envisagé en sa totalité dans ce chapitre.

408 *bis*. — En droit privé, l'appel se trouve impliqué ou sous-entendu par l'organisation judiciaire elle-même. En application du Code de Procédure civile, modifié par la réforme du 22 décembre 1958, et sous réserve des litiges d'un intérêt pécuniaire minime, les cours d'appel sont les juridictions d'appel du droit commun. A ce titre, elles connaissent les appels formés contre les jugements des tribunaux d'instance et des juridictions d'exception. La jurisprudence judiciaire a posé pour principe, que, sauf texte législatif contraire, tous les jugements rendus en premier ressort sont susceptibles d'appel (3) ; elle a ainsi tiré les conséquences logiques de l'organisation judiciaire.

409. — *Dans le contentieux administratif* le droit d'appel ne découlait pas directement, avant 1953, de l'organisation de la juridiction administrative puisque le Conseil d'Etat, jusqu'à cette époque, était juge de droit commun, en premier et dernier ressort. L'arrêt Vernon du 4 février 1944 avait constaté que l'appel présentait un *caractère d'ordre public* et ne pouvait être suspendu par décision du législateur colonial 4). Un certain nombre de règles et de principes généraux de procédure en avaient réglementé l'application. La combinaison des différents principes fait que le droit d'appel est complètement garanti et qu'il peut être ainsi formulé :

Là où l'organisation juridictionnelle ne le contredit pas ou ne le rend pas inutile, le recours en appel est ouvert aux parties en cause qui s'estiment lésées par la décision juridictionnelle rendue en premier ressort.

(3) Cass. civil, 12 février 1924, S. 1924.I.33 ; Cass. civ., 24 novembre 1926.S.J. 1927, p. 10 ; C. A. Colmar, 9 juillet 1954, Hurst, D. 1954.J.650. L'admission de l'appel contre l'ordonnance du Président du tribunal civil, rendue sur requête d'un propriétaire de fonds de commerce étant posée, la cour a ainsi répondu : « Attendu que la question de l'admissibilité de l'appel de l'ordonnance sur requête est des plus controversée... qu'il y a lieu... d'admettre comme recevable, *l'appel, voie normale et juridique de recours étant donné que... la loi n'a pas expressément exclu l'appel.* »

(4) C.E., Sec., 4 février 1944, Vernon concl. Chenot, R.D.P. 1944, pp. 176 et s. ; note de Soto, la Penant 1947, pp. 35 et s.

Le double degré de juridiction n'est pas seulement une « recette de bonne justice » transformée en principe général de procédure (5) mais une « garantie essentielle aux intérêts des plaideurs et à l'intérêt « supérieur de la justice », consacrée par un principe général de procédure (6).

Le principe complété par la réforme de 1953, conserve toute sa valeur pour une double raison : les juridictions spéciales dont la prolifération n'est plus à démontrer ont rendu plus nécessaire que jamais un contrôle poussé par une juridiction hiérarchiquement supérieure. Nombreuses sont, au surplus, les juridictions d'appel qui ne connaissent ni leurs pouvoirs ni leurs obligations. Grâce aux principes qui régissent l'appel, le droit à l'action se trouve confirmé, le déroulement de l'instance prolongé dans des limites normales, et les droits de la défense mieux assurés.

Nous envisagerons successivement l'appel, voie de recours de droit commun contre les décisions des juridictions du premier degré, (S I) et l'application du droit d'appel (S. II).

Section I

L'APPEL, VOIE DE RECOURS DE DROIT COMMUN CONTRE LES DECISIONS DES JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRE

410. — *Le principe du double degré* de juridiction ou principe général de l'appel, « stricto sensu », *signifie que tout jugement rendu en premier ressort est susceptible de faire l'objet d'un recours en réformation devant le juge hiérarchiquement supérieur.* C'est en ce sens que l'appel est, en vertu du principe général de procédure, un recours de droit commun.

La doctrine a toujours affirmé avec force qu'il existait une règle *préexistante au droit positif* (dont elle ne discutait pas, par ailleurs, la valeur) selon laquelle le double degré de juridiction ou droit d'appel ne pouvait être mis en doute. Pour affirmer sa prééminence sur les autres juridictions, le Conseil d'Etat a, au contraire, recherché une base législative — parfois faible — au double degré de juridiction avant que ne s'impose le principe même du droit d'appel. Ce droit a accédé, au rang de principe, en réalité, moins parce qu'il est une garantie nécessaire aux parties, que parce qu'il peut exister en dehors de tout texte précis. C'est pourquoi seul un texte législatif peut y porter atteinte, et c'est également la raison pour laquelle les parties

(5) C'est l'opinion soutenue dans la note précitée par M. de Soto et appuyée sur des arguments très forts. V. Penant, 1947, pp. 35 et s.

(6) Point de vue développé par M. le Commissaire du gouvernement Chenot, dans l'arrêt précité et suivi sur ce point par la section du Conseil d'Etat, *loc. cit.*, p. 177.

ne peuvent renoncer à une telle règle qui a un caractère d'ordre public.

Pour ces raisons, on peut étudier dans un premier paragraphe l'existence du principe de l'appel en dehors de tout texte précis, et, dans un second, la portée du principe.

§ 1. — Le principe du double degré de juridiction existe en dehors de tout texte précis.

411. — Ni la coutume, ni les explications doctrinales, ni la jurisprudence n'ont pu expliquer l'existence ou la raison d'être de l'appel contre les jugements rendus en premier ressort s'ils n'ont pas accepté la prééminence du principe général du double degré de juridiction, sur toutes les autres sources du droit d'appel.

A. — L'embarras doctrinal.

412. — La doctrine a souvent eu recours aux grands principes de l'organisation juridictionnelle pour expliquer la portée générale du droit d'appel. Au XIX^e^ siècle, les auteurs estimaient qu'il était, soit une survivance de l'Ancien droit, reprise par les législations révolutionnaires et impériales, soit une « application d'un principe compa-« rable à celui qui régit les matières judiciaires » (7).

En toute hypothèse, le détachement par rapport aux textes est total. Sérigny renonce à trouver une base législative à l'appel et constate qu'il « n'est pas besoin de texte formel et positif pour « établir le pouvoir du Conseil d'Etat de statuer par voie d'appel sur « les décisions contentieuses des Conseils de préfecture (8) ».

Mais le légalisme va finir par l'emporter. A la suite de la loi du 24 mai 1872 et du décret du 5 août 1881, les auteurs se rallient à un critère textuel et préfèrent la base législative à toute autre source qu'ils estiment moins sûre (9). A une époque plus récente, on se rend compte des limites explicatives de ces textes, et même pour les conseils de préfecture (10), seules juridictions contre les décisions desquelles l'appel est prévu formellement, on estime que l'*appel se présume* « En droit français », écrit M. Méjean, l'appel d'une décision de justice

(7) Cf. Chauveau, « Principes de compétences des juridictions administratives », Paris, 1841, T. III, p. 980 et M. Fournier, « Essai sur l'histoire du droit d'appel ». Dans l'Ancien droit, il existait jusqu'à cinq degrés de juridictions que pouvait franchir la même affaire. L'appel circulaire est établi entre les tribunaux de district par le législateur révolutionnaire (art. I, T. 5 de la loi du 17-24 août 1790), pour pallier ces abus tout en protégeant les intérêts du justiciable.

(8) Cité par Ch. Debbasch, *op. cit.*, p. 231.

(9) De Font-Reaux, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Th. 1930, pp. 34 et s.

(10) L'article 57 de la loi de 1889 dispose : « Les arrêtés des Conseils de préfecture peuvent être attaqués devant le Conseil d'Etat. »

« est *toujours possible* dès lors qu'un texte n'en exclut pas la possibilité » (11) Les auteurs procèdent par analogie (12) plus qu'ils ne découvrent l'existence d'un principe général de la procédure contentieuse : de la même façon que la partie succombante devant le Conseil de préfecture peut s'adresser au Conseil d'Etat par voie d'appel, de la même façon, toute partie succombante devant une quelconque juridiction du premier degré peut, dès lors qu'il existe une juridiction hiérarchiquement supérieure, s'adresser à elle pour obtenir la réformation de la décision des premiers juges.

Depuis la deuxième guerre, la doctrine a souvent pris le pas sur la jurisprudence elle-même et fait du double degré de juridiction plus que du droit d'appel (13) un principe général intangible et très large. Seul, M. de Soto, ne se rallie pas à cette thèse et critique même la reconnaissance jurisprudentielle d'un principe général de procédure aussi étroit soit-il (14). MM. Fœuer, Debbasch et Jeanneau (15) constatent la rareté des textes et, dans certains cas, leur caractère trompeur. Force était alors pour la jurisprudence de donner une interprétation au phénomène général de l'appel. Le principe général du double degré de juridiction applicable en dehors de tout texte précis en donnait une explication.

B. — Les insuffisances législatives.

413. — Aucun texte n'a créé un droit d'appel général, mais des législations partielles ont prévu que les décisions de certaines juridictions pouvaient être réformées par une juridiction supérieure. Les textes semblent, dans leur rareté, avoir reçu du juge, jusqu'à la deuxième guerre mondiale, un sens qui n'était pas primitivement le leur. Nous avons déjà insisté sur la magie exercée par les dispositions législatives avant que le Conseil d'Etat ne les abandonne, au moins apparemment, au profit des principes généraux (16). De l'insuffisance et du désordre législatif résultent deux constatations :

— la jurisprudence a réalisé une généralisation audacieuse des textes existants.

(11) Ch. Mejean, « La procédure devant le Conseil de Préfecture », Libr. Dalloz, 320 pages, 1949, notamment p. 264. Les processualistes se prononcent également dans ce sens, Morel, Précis, *op. cit.*, n° 94 ; Cornu et Foyer, « Procédure civile », Thémis, 1958, p. 470.

(12) Voir le rôle de l'analogie dans l'élaboration des principes généraux de procédure, *supra*, 1re partie, p. Elle n'est que la première phase de l'application des principes généraux de procédure.

(13) Voir *supra*, p. 268.

(14) Note, sous C.E., 4 février 1944, Vernon, Penant 1947, pp. 35 et s. et notamment p. 37.

(15) B. Jeanneau (*op. cit.*, p. 128) estime qu'il faut rechercher en dehors de tout texte législatif le fondement de la règle du double degré de juridiction. Rappelons que l'auteur considère comme fondement des principes généraux de procédure ce que nous appelons « règles d'élaboration ». Cf. *supra*, 1re partie, pp. 63 et s.

(16) Voir *supra*, 1re partie, pp. 128 et s.

— Ces textes ne précisaient pas la nature du contrôle réalisé par le juge supérieur. Ils ne permettaient pas de savoir s'il y avait réformation par voie d'appel ou cassation.

1. — *L'interprétation des textes.*

414. — Dans sa note critique sous l'arrêt Vernon (17), M. de Soto a démontré avec rigueur la « fausse » application faite par le Conseil d'Etat de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 qui opposait, selon la Haute Juridiction, l'appel aux recours en annulation (cassation et recours pour excès de pouvoir). Ce texte a servi (comme la loi des 17-24 octobre 1790 pour le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir [18]) de base, rassurante pour tout partisan du légalisme, à l'appel des décisions rendues par les Conseils de préfecture et les juridictions spéciales statuant en premier ressort. L'article 9 dont le sens est contesté par M. De Soto est ainsi rédigé : « Le Conseil d'Etat statue *souverainement* sur les recours en matière contentieuse « administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de « pouvoir formés contre les actes des diverses autorités admi- « nistratives. »

Pendant longtemps, le Conseil d'Etat a estimé que le premier membre de la phrase avait pour seule signification de lui conférer un pouvoir général d'appel (19). C'est à cette interprétation qu'a souscrit M. Chenot dans ses conclusions sur l'affaire Vernon. Mais n'est-ce pas donner à l'adverbe « *souverainement* » une acception spéciale que n'ont pas envisagé ses rédacteurs ? (20). M. de Soto trouve plus conforme à l'esprit du texte de n'y voir qu'une manifestation et une consécration de la justice déléguée que venait de conquérir le Conseil d'Etat. L'adverbe « souverainement », dans une analyse grammaticale du texte, s'appliquerait et gouvernerait les deux membres de la phrase et non pas seulement le premier. Malgré les bouleversements législatifs intervenus par la suite, l'article 9 de la loi de 1872 a marqué la jurisprudence pour de longues années dans un sens favorable au développement d'un principe général innomé.

La loi de 1889 ne visait que la réformation par voie d'appel devant le Conseil d'Etat des décisions des Conseils de préfecture, mais elle ignorait les multiples juridictions spéciales. De support législatif général, le double degré de juridiction n'en connaîtra que par l'ordonnance du 31 juillet 1945 et les textes de 1953.

(17) C.E., 4 février 1944, v. *supra*, p. 269.

(18) Voir *supra*, p. 211.

(19) Cf. C.E., 3 juillet 1914, Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toï, Rec. Lebon, p. 811 ; C.E. 15 juin 1923, Elections à la chambre de commerce de Tananarive, Rec. p. 487 et dans une certaine mesure, C.E., Section, 4 février 1944, Vernon, déjà cité.

(20) En effet, il n'est pas certain que l'expression « statue souverainement », signifie que le Conseil d'Etat dispose d'un pouvoir de contrôle large, s'étendant au fait et au droit qui ferait naître un droit général d'appel, comme le voudrait M. Chenot.

L'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 prévoit notamment que le Conseil d'Etat « *est juge d'appel des décisions rendues par les « juridictions administratives de premier ressort* ». Par son ampleur, l'article 32 donne naissance à un droit d'appel assez général contre les jugements des Conseils de préfecture, mais n'a pas reçu toutes les applications auxquelles il aurait pu donner lieu parce qu'il laissait encore dans l'ombre les juridictions spéciales d'appel. En développant les compétences des Tribunaux administratifs, la réforme de 1953 a élargi le rôle « éducatif » et « créateur » (21) du Conseil d'Etat sans modifier la nature de l'appel. Non seulement les textes n'ont pas créé un pouvoir général d'appel, mais ils n'ont pas permis de déterminer aisément si une décision devait faire l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation (22).

2. — *L'interprétation par le juge des solutions partielles apportées par les textes.*

415. — Les rapports entre l'appel et le recours en cassation ne trouvent que rarement solution dans les textes et posent un problème de fond et de compétence.

Dès lors qu'aucune loi n'avait créé un véritable droit d'appel, c'est-à-dire un authentique double degré de juridiction, quelle était la nature du contrôle exercé sur les décisions d'une juridiction inférieure par la juridiction supérieure ? Quelle sera le cas échéant la juridiction compétente pour connaître de l'appel ? Aucune réponse d'ensemble n'a été donnée à chacune de ces questions. La juridiction de contrôle peut être soit juge de cassation, soit juge d'appel. L'option est impérieuse, car recours en cassation et appel ne sont pas cumulatifs (23). Il résulte au surplus, tant du Code de Procédure civile (art. 443 et s.) que de l'ordonnance de 1945, que seules les décisions de juridictions de premier ressort sont susceptibles d'appel ; mais ces textes sont insuffisants pour imposer l'appel contre les décisions de l'ensemble des juridictions du premier degré et déterminer la juridiction d'appel.

Un examen individuel de chaque organisme juridictionnel a dû être fait pour savoir s'il relèverait en appel soit du Conseil d'Etat, soit d'une juridiction spéciale d'appel. Sections disciplinaires des Conseils supérieurs des Ordres professionnels, cours régionales des Pensions, commission centrale d'aide sociale, etc. (24) connaissent ainsi des appels formés devant elles contre les décisions de juridictions qui leur sont subordonnées. Mais les solutions dégagées n'étaient ni toujours cohérentes ni satisfaisantes.

(21) Cf. Rivero, « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », D. 1954, chr. pp. 157 et s. Gazier, « De quelques perspectives ouvertes par la réforme du contentieux administratif », R.D.P., 1954, pp. 669 et s.

(22) Voir *infra*, p. 332.

(23) C.E. Ass., Leuck, 24 février 1937, Rec. p. 128, *infra*, p. 274.

(24) Voir Auby et Drago, *op. cit.*, n^{os} 223-224 et 245.

416. — Certaines des décisions des juridictions du premier degré échappent à l'appel et sont soumises directement à la juridiction de cassation, le Conseil d'Etat. L'incertitude a été levée notamment à propos de l'Office supérieur des Assurances sociales en Alsace-Lorraine. L'article 358 du Code local des Assurances sociales, en prévoyant que l'Office supérieur statuait « définitivement » sur les contestations relatives aux conditions de services des employés des caisses, permettait le recours en cassation. L'article 1797 du même code disposait au contraire, qu'un recours pouvait être porté par voie d'appel devant l'Office général des Assurances sociales. Le défaillant pouvait-il recourir à sa convenance à l'une ou l'autre des voies qui lui étaient apparemment offertes ? Le juge décela une incompatibilité entre les deux dispositions ; elle fut résolue au détriment du double degré de juridiction : l'article 358, bien qu'il fût dérogatoire de l'article 1797, instituant un régime de droit commun, devait être appliqué (25). Le contrôle ne disparaissait pas puisque les décisions de l'Office supérieur des Assurances, lorsque celui-ci statuait définitivement, pouvaient faire l'objet d'un pourvoi en cassation. L'option législative entre le recours en cassation et le double degré de juridiction constituait un obstacle à la généralisation du double degré de juridiction (26).

De telles solutions qui relèvent du souci d'alléger la procédure dans certains cas ne peuvent satisfaire au plan des principes généraux. Elles ont freiné l'essor du double degré de juridiction et n'ont pas mis un terme définitif au désordre législatif de l'appel.

§ 2. — La consécration jurisprudentielle du principe du droit d'appel.

417. — Comme d'autres principes étudiés dans cet ouvrage (27), le droit d'appel a une existence ancienne. Il a subi cependant certains aléas historiques, tombant dans un oubli relatif à la fin du XIX^e^ siècle pour reparaître avec plus de force cinquante ans plus tard. Constaté dans un certain nombre de cas, appliqué à de nombreuses reprises, il n'a jamais été formulé expressément. Même l'arrêt Vernon, qui en affirme la réalité (mise en relief par le commissaire du gouvernement Chenot) ne reconnaît pas solennellement être en présence d'un principe général. Malgré cela, le droit d'appel est appliqué en dehors de tout texte précis et ne s'incline que devant une disposition législative

(25) Cf. Ass., 24 février 1937, Leuck, pp. 142 et s.

(26) La législation du 31 mars 1919 avait ouvert également aux pensionnés victimes civils et militaires de la guerre, l'alternative entre les deux recours qui étaient exclusifs l'un de l'autre. Le requérant non satisfait d'une décision du tribunal départemental des pensions pouvait obtenir la réformation du jugement soit par voie d'appel devant la Cour régionale, soit par voie de cassation, devant la section spéciale de cassation, rattachée au Conseil d'Etat.

(27) Voir *supra*, le principe du recours pour excès de pouvoir, pp. 211 et s., *infra*, les principes du recours en cassation, pp. 312 et s.

formelle. Le respect de ce principe général de la procédure qui est une règle d'ordre public est assuré par le Conseil d'Etat qui rejette tout pourvoi contre un jugement rendu en violation de cette règle. Ces constatations permettent d'envisager successivement la nature du droit d'appel (A) et le caractère d'ordre public de l'appel (B).

A. — La nature du droit d'appel.

418. — Même si aucun texte ne l'a prévu formellement, toute partie qui se croit lésée par un jugement peut déférer le procès et le jugement aux juges du degré supérieur pour obtenir la réformation de la décision litigieuse, en vertu du principe du double degré de juridiction.

1. — *L'origine et la valeur législative du droit d'appel.*

419. — Le principe général de l'appel apparaît dans l'arrêt de Madre en 1865 et resurgit avec force le 4 février 1944 dans l'arrêt Vernon.

420. — a) *L'arrêt de Madre* (C.E. 7 avril 1865). — Dès 1865, le Conseil d'Etat consacre ce principe. La loi du 13 avril 1850 qui fut entourée de nombreuses discussions parlementaires parce qu'elle portait atteinte au droit de propriété donnait aux conseils municipaux la possibilité de prescrire aux propriétaires d'immeubles insalubres d'effectuer certains travaux, sauf recours au Conseil de Préfecture. Il résultait, tant des débats parlementaires que de la loi elle-même, que le Conseil de Préfecture statuait sans recours (28). La Haute Juridiction administrative dans l'arrêt de Madre s'opposa à une telle interprétation et affirma, contrairement à une volonté assez expresse du législateur, que le recours était ouvert « en notre Conseil d'Etat, « contre toutes les décisions des Conseils de Préfecture, en matière « contentieuse; ... aucune disposition de la loi ne contient d'exception « à cette règle générale ». L'arrêt de Madre met en relief plusieurs éléments du principe général de l'appel.

— Tout d'abord, le double degré de juridiction existe en dehors de tout texte précis. Ni les motifs, ni le dispositif de l'arrêt ne mentionnent un texte qui confère au Conseil d'Etat un pouvoir général de contrôle par voie d'appel.

— Au surplus, le juge s'est opposé à la volonté non équivoque du législateur qui avait conféré une compétence sans recours au Conseil de Préfecture. On ne retrouve dans aucun arrêt postérieur la même hardiesse (29). Le XIX[e] siècle est une période faste des principes géné-

(28) Sauf, lorsque le Conseil de Préfecture maintenait l'interdiction de location de l'immeuble, prononcée par le Conseil municipal (art. 10, al. 2 de la loi du 13 avril 1850). Cf. note H. D. sous C.E., 7 avril 1865, de Madre, Rec. Macarel, p. 410.

(29) Cf. C.E., « Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toï », déjà cité et C.E., « Elections à la Chambre de commerce de Tananarive », déjà cité. C.E., 14 juin 1939, « Sté Maritime et fluviale Agis-Garcin et Cie », Rec. p. 392. Le

raux bien qu'ils soient condamnés à une certaine discrétion, alors que dans la première moitié du XX^e siècle ils sortent de l'anonymat dans lequel ils vivaient jusqu'alors; mais cette mutation s'opère au détriment de leurs caractères fondamentaux (30).

b) *La jurisprudence Vernon (4 fév. 1944)*. — (31) 421. — L'arrêt Vernon permet de redécouvrir le principe général du double degré de juridiction, mais il s'affirme timidement malgré les propositions du commissaire du gouvernement. L'organisation des Conseils du Contentieux des territoires coloniaux et, plus tard, des Territoires d'Outre-Mer, offrait fort peu de garanties aux justiciables (32). Aux termes de l'article 70 du décret du 5 août 1881, pris en vertu des pouvoirs conférés au législateur colonial, le jugement que prononcent les conseils du contentieux sur une requête en récusation « *n'est pas susceptible d'appel* ». Atteinte d'autant plus grave aux droits les plus élémentaires des justiciables que des membres de l'administration active siégeaient fréquemment dans les dits conseils. Fort curieuse était la situation puisque ces conseils du contentieux statuaient souverainement sur la régularité de leur composition et étaient les seuls garants de leur propre indépendance !

L'appel allait-il être paralysé par un texte réglementaire ? Pour remédier cet état de chose qui aurait compromis le droit à l'action et les voies de recours dont disposent les justiciables, le Conseil d'Etat fait appel aux principes généraux et non à la législation qui régissait les Conseils de Préfecture de métropole. La Haute Assemblée administrative refusa la facilité du raisonnement par analogie par lequel elle aurait pu estimer, (comme le lui proposait son commissaire) (33) que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 était créateur d'un droit général d'appel. En réalité, *l'article 9 permettait seulement l'application du principe général de procédure qu'allait créer le juge.*

Celui-ci rétablit l'appel là où il semblait irréalisable, en dehors d'un texte précis, et en vertu des principes généraux : le double degré de juridiction « *est un principe général de procédure qui consacre « une garantie essentielle aux intérêts des plaideurs et à l'intérêt « supérieur de la justice* » (34).

souci de ménager le législateur dans les arrêts Lamotte et d'Aillières sera beaucoup plus grand. V. *supra*, I^re partie, pp. 141 et s., II^e partie, pp. 214 et s., et pp. 320 et s.

(30) Voir « Le développement historique des principes généraux de procédure », *supra*, pp. 32 et s.

(31) Concl. Chenot, R.D.P. 1944, pp. 176 et s., note de Soto, Penant 1947, pp. 35 et s.

(32) Cf. ROLLAND et LAMPUÉ, *in* « Précis de droit des pays d'outre-mer », 1949. P. F. GONIDEC, « Droit d'outre-mer », Montchrestien, 1959, T. II, pp. 325 et s. ; F. LUCHAIRE, « Contentieux d'outre-mer », Juris-cl. adm. fasc. 780.

(33) Cf. *supra*, p. 272.

(34) Conclusions précitées, p. 178.

2. — *Le droit d'appel et le Code de Procédure civile.*

422. — L'application du principe du double degré de juridiction n'est explicable que par une règle non écrite sans que soit pour autant exclue toute autre base. M. Chenot détecte l'origine de la règle dans l'article 391 du Code de Procédure civile (35) qui serait une « règle générale de procédure » (36). Mais, en l'espèce, l'appel au seul Code de Procédure civile n'est pas satisfaisant à un double point de vue.

— Il est d'abord inutile : sa transposition dans l'ordre administratif n'était pas une condition nécessaire pour constater le principe du double degré de juridiction qui a une existence propre dans le contentieux administratif (37).

— La référence à l'article 391 peut, en second lieu, prêter à confusion et paraît inexacte. A notre connaissance, aucun arrêt du Conseil d'Etat n'a fait reposer directement ou indirectement la règle du double degré de juridiction sûr celle de l'organisation judiciaire que régit le Code de Procédure. Outre les textes qui servent à l'application du principe, c'est la logique d'un système juridictionnel ou la nature des choses (38) qui constitue le fondement donné à ce principe de l'appel. C'est cette règle générale qui a guidé tour à tour les deux ordres de juridictions sans qu'il soit besoin de trouver une influence de la procédure civile sur la procédure administrative.

423. — Ces développements aboutissent à la double proposition suivante : Le principe de l'appel confère une présomption d'application à un certain nombre de textes généraux ou particuliers de la procédure administrative.

L'appel est la voie de recours de droit commun contre les décisions rendues en premier ressort là où un texte formel ne l'interdit pas (39). Les principes généraux l'imposent malgré tout acte réglementaire contraire et lui confèrent un caractère d'ordre public qui lui assure un respect absolu.

B. — Le caractère d'ordre public du double degré de juridiction.

424. — L'efficacité du droit d'appel est garantie par son caractère d'ordre public. Il s'impose dès lors que deux conditions sont réunies :

(35) Art. 391 : « Tout jugement sur récusation, même dans les matières où le Tribunal de première instance juge en dernier ressort sera susceptible d'appel... »

(36) Voir *supra*, la nature des règles générales de procédure, 1re partie, pp. 170 et s.

(37) Voir *supra*, § 1, les textes qui servaient de base à l'appel : art. 9 de la la loi du 24 mai 1872.

(38) Voir *supra*, « Le fondement des principes généraux de procédure », pp. 103 et s.

(39) Voir Feuer, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure administrative contentieuse », D.P., 1958, pp. 22 et s.

— L'organisation juridictionnelle doit le permettre (40).

— Les autres voies de recours ne doivent pas être exclusives du double degré de juridiction.

Pour que le caractère d'ordre public pèse de tout son poids il faut que la décision attaquée soit rendue en premier ressort et que la voie de l'appel n'entre pas en opposition avec d'autres voies de recours.

425. — Dès lors qu'un jugement n'est pas rendu en premier ressort il ne peut pas être réformé par la voie de l'appel (41). C'est pour ce motif que fut rejeté le pourvoi en appel du sieur Baudouin contre un arrêté d'une juridiction du premier degré. Le Conseil d'Etat ne faisait que souscrire à la logique procédurale et se plier à la volonté du législateur, ainsi exprimée : « Le Conseil de Préfecture statue en « *dernier ressort* sur les protestations relatives aux opérations élec- « torales pour la désignation des délégués aux collèges chargés d'élire « les conseillers de la République (42). » Si la décision juridictionnelle est rendue en premier ressort, elle est soumise au double degré de juridiction. L'appel est bien le recours de droit commun, mais il n'exclut pas toujours certaines voies extraordinaires de réformation. Pendant longtemps (43), il n'était pas ouvert tant que courait le délai de l'opposition.

Le Conseil d'Etat envisage moins l'appel dans le cadre des voies de recours qu'au plan des règles de compétence, car la violation d'une règle de compétence doit être soulevée d'office par les juridictions saisies du litige à l'occasion duquel elle se pose (44). Après avoir admis les règles de compétence administrative comme moyens d'ordre public, le Conseil d'Etat a étendu sa jurisprudence à l'ensemble des règles de compétence juridictionnelle. Dans l'hypothèse où l'une des parties renonce formellement à soulever une question de compétence juridictionnelle le juge ne peut se dispenser de l'examiner (45). La

(40) Un exemple peut être donné : Si, en vertu de l'article 2 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953, le Conseil d'Etat reste juge de droit commun du contentieux administratif (à l'exclusion du contentieux local), né dans les territoires d'Outre-Mer, cette règle ne peut recevoir d'application au détriment de la règle du double degré de juridiction, lorsque le litige relève en matière contractuelle d'un tribunal administratif métropolitain et non d'un Conseil de contentieux (C.E., 7 décembre 1956, Dame veuve Loret, concl. Kahn, D. 1957.J.3). Le double degré sera soulevé d'office par la juridiction saisie incompétemment d'un recours en cassation.

(41) Il fera l'objet normalement d'un recours en cassation. Voir *infra*, p. 320.

(42) Article 7 de la loi électorale du 27 octobre 1946. Le recours en cassation contre des opérations de nature presque identique (déclaration d'apparentement), soumises elles aussi au Conseil de Préfecture, fut également rejeté, C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, conclusions Delvolvé, S. 1951.III.74.

(43) Voir *infra*, « Le principe général de l'opposition », pp. 341 et s.

(44) Cf. Gilli, « La notion de cause et la demande en justice en droit administratif », Thèse L.G.D.J., 1962 et p. 222, Bernard, « La notion d'ordre public en droit administratif », Thèse, Montpellier, 1959, pp. 214 et s.

(45) Commission supérieure des Dommages de guerre, 6 juillet 1950, « Ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme », concl. R. Martin, Gaz. Pal., 1950.II.428.

règle du double degré s'impose donc, aussi bien au juge qu'aux parties, parce qu'elle constitue un moyen d'ordre public.

L'existence de l'appel en dehors de tout texte précis et son caractère d'ordre public détermineront la portée du principe du double degré de juridiction.

§ 3. — La portée du principe du double degré de juridiction.

426. — Imposé et garanti par les principes généraux de la procédure, l'appel est un véritable droit pour la partie succombante. Seule la loi pourra y porter atteinte ou l'aménager. C'est pourquoi sa portée est assez vaste. Il faut cependant noter, qu'à l'exception d'une jurisprudence ancienne, le Conseil d'Etat interprète de façon peu restrictive les actes législatifs qui limitent le double degré de juridiction et se montre beaucoup moins libéral pour le justiciable qu'à l'occasion du recours en cassation ou du recours pour excès du pouvoir (46). Les intérêts en jeu expliquent la différence d'interprétation des textes et d'appréciation des circonstances par le juge. Le principe supérieur de la légalité est plus essentiel à l'état de droit et à la protection des particuliers que l'appel (47). Si le droit à l'action est fondamental, la prolongation de ce droit, par la voie du double degré de juridiction, l'est moins.

L'appel est cependant fortement protégé à raison de son double caractère législatif et d'ordre public :

— Seule une loi peut y porter atteinte (A) ;

— toute renonciation au droit d'appel est frappée de nullité (B) ;

— l'établissement conventionnel de l'appel (C) est enfin possible dans certaines circonstances.

A. — Seul un acte législatif peut porter atteinte au double degré de juridiction.

427. — La jurisprudence a affirmé avec force la règle selon laquelle le législateur peut supprimer l'appel. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt de Madre (48) déclare recevable un appel parce que en l'espèce « aucune disposition de la loi ne contient d'exception à cette règle « générale ». Ce principe est repris et condensé dans l'arrêt Vernon à l'occasion duquel il est d'abord rappelé que « il n'appartient pas au « chef de l'Etat, agissant en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'arti- « cle 18 du Senatus consulte du 3 mai 1854, d'apporter une déroga-

(46) Voir *supra*, pp. 243 et *infra*, pp. 325-327.

(47) Voir *supra*, « Le principe du recours pour excès de pouvoir », pp. 243 et s.

(48) C.E., 7 avril 1865, Rec. p. 409. Le texte paraissait pourtant exclure toute possibilité d'appel, v. *supra*, p. 275.

« tion à la règle du double degré de juridiction ». La condamnation des débordements de l'exécutif est assortie ensuite d'un motif indiscutable : « Seule une loi *pourrait porter atteinte à ladite règle.* » Il ressort de la nature même des principes généraux de procédure de n'être limités que par une règle législative précise (49).

428. — *Les règlements coloniaux* pris sur la base du senatus-consulte de 1854 ne bénéficiaient-ils pas d'une valeur comparable à celle de la loi écrite ? Une réponse affirmative détruirait l'argumentation précédente, et doit être repoussée pour trois raisons :

— En 1944, le Senatus consulte du 3 mài 1854 avait perdu depuis longtemps toute valeur constitutionnelle mais conservait cependant entière valeur législative. Les décisions prises sur la base du Senatus consulte avaient nécessairement une valeur inférieure (50).

— Parce qu'ils émanaient d'une autorité administrative les règlements coloniaux ne pouvaient méconnaître une règle qui avait valeur législative aux colonies (51).

— Les règlements coloniaux ont toujours été susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et furent soumis, à une époque ancienne au respect des principes généraux du droit et de la procédure (52).

Les règlements coloniaux, pris en matière législative, sont tout au plus des lois matérielles jouissant d'une autorité inférieure à celle de la loi écrite (53). Il était donc normal qu'ils s'effacent devant un principe général disposant de la force législative.

429. — *La limitation du principe de l'appel par la loi écrite a été confirmée* par la suite sur la base de la jurisprudence antérieure. L'article 3 du décret du 27 décembre 1948 disposait que les décisions de la commission arbitrale de la loi du 17 mai 1946 (54) étaient « rendues en dernier ressort ». Le décret, note le commissaire Chardeau dans les conclusions prononcées sur l'arrêt Lamborot (55), a « empiété sur une matière réservée au législateur » et déroge ainsi aux principes généraux de la compétence. Il ne pouvait « en dehors de toute dispo-

(49) Voir *supra*, 1re partie, pp. 141 et s.

(50) Voir conclusions Chenot précitées, p. 179.

(51) Voir Jèze, note sous C.E., 4 février 1944 (R.D.P., 1944, p. 182). Ces textes sont les lois spéciales à telle ou telle colonie, les dispositions législatives métropolitaines applicables aux colonies soit de plein droit, soit en vertu d'une loi spéciale ; dans ce sens, C.E., 29 mai 1908, « Colonie du Sénégal », Rec. p. 577 et C.E., 8 juillet 1910, R.U.F., Rec. p. 579.

(52) Voir *supra*, 1re partie, p. 123 et B. JEANNEAU, *op. cit.*, p. 128 et concl. Latournerie sur C.E., 20 décembre 1935, « Ets Vézia », R.D.P., 1936, p. 118.

(53) Leur valeur est assez comparable à celle des règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. Voir *supra*, 1re partie, pp. 122 et s.

(54) A la suite des nationalisations des houillères, une commission arbitrale fut créée pour régler « tous les différends qui pourraient naître entre les entreprises et les houillères ». Elle fixa notamment les modalités de répartition entre les anciens actionnaires.

(55) C.E. Ass., 4 juillet 1957, concl. Chardeau, A.J.D.A., 1958.II.108.

« sition législative expresse... légalement exclure cette voie de recours » (l'appel).

La jurisprudence Dreyfus-Schmidt (56) apaise tout doute qui pourrait encore subsister, en se pliant à une volonté du législateur clairement exprimée. La loi du 5 octobre 1946 modifiée par celle du 9 mai 1951 prévoyait qu'en cas de contestation relative à l'enregistrement d'une liste de candidats aux élections législatives ou d'une déclaration d'apparentement, les candidats de cette liste pourraient se pourvoir devant le Conseil de Préfecture. Or, en son article 6, dernier alinéa, la loi du 5 octobre 1946 disposait : « Ce tribunal doit rendre sa décision dans les trois jours, qui sera *sans appel.* » Tout au long de ses conclusions, M. Delvové se référa à la « volonté non douteuse du législateur » qu'il étudia néanmoins avec une profonde attention (57). Il fut suivi par l'Assemblée du Conseil d'Etat qui estima qu' « *en supprimant expressément la voie de recours ordinaire contre les arrêtés des Conseils de Préfecture (c'est-à-dire l'appel)... le législateur a manifestement voulu que les décisions qu'ils sont appelés à rendre en cette matière ne puissent être frappées d'aucun recours* ». Comme tous les autres principes généraux de procédure, celui du double degré de juridiction ne résiste pas à un texte législatif clair et exprès.

B. — Nullité des renonciations au double degré de juridiction.

430. — La force législative et le caractère d'ordre public qui entourent le principe du droit d'appel emportent certaines conséquences. Le double degré de juridiction s'impose tant aux autorités administratives qu'au justiciable qui doit l'épuiser normalement. C'est pourquoi l'on considère comme contraire à l'ordre public trois types de renonciation :

1) La renonciation conventionnelle et préalable au double degré de juridiction,

2) Le recours direct au juge d'appel,

3) La renonciation à l'appel au profit d'une autre voie de recours.

1. — *Nullité de la renonciation conventionnelle au double degré de juridiction.*

431. — A la différence de la procédure civile où la volonté des parties détermine, à la fois, l'étendue et la conduite du litige dont le

(56) C.E. Ass., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, concl. Delvolvé, note C.H., S. 1951.III.74, note F.M., D. 1951.J.529.

(57) Les motifs qui guidaient les recherches de M. Delvolvé dépassaient le cadre du double degré de juridiction : 1° Les auteurs du pourvoi, se pliant volontiers à la volonté du législateur relative à l'appel, demandaient au Conseil d'Etat de déclarer recevable un recours en cassation (voir *infra*, p. 326). 2° L'intervention du Conseil de Préfecture était de nature douteuse. Etait-ce un acte juridictionnel, une décision administrative ou un simple avis ? M. Delvolvé (*loc. cit.*, p. 75) et les annotateurs de l'arrêt ont refusé de se prononcer.

juge n'est qu'un arbitre, la procédure administrative ne laisse pas les intéressés disposer à leur gré de l'instance. Lorsque l'organisation juridictionnelle permet l'exercice de l'appel, les parties ne peuvent pas y renoncer conventionnellement en décidant préalablement à l'instance, de se contenter de la décision du juge du premier degré.

432. — *Le principe d'interdiction.* — Une jurisprudence très ancienne a établi ce principe repris sans défaillance par le juge. La rédaction de l'arrêt Nougaret montre le caractère impératif de la règle. Aux termes du devis tenant lieu de cahier des charges, un entrepreneur et l'administration contractante « s'engagèrent respectivement à accep-« ter *sans appel* les décisions des Conseils de Préfecture..., cette *clause* « *contraire à l'ordre public* ne pouvait faire obstacle aux droits du « ministre de se pourvoir contre lesdites décisions » (58).

433. — *Les aménagements apportés au principe.* — L'interdit qui règne ainsi n'est cependant pas appliqué dans toute sa rigueur par le juge. Le *moment* auquel intervient la renonciation est pris en considération par lui.

— Si la renonciation est faite avant le déroulement de l'instance et prend la forme d'un *acquiescement préalable,* elle est irrégulière.

— Mais, au contraire, si elle intervient pendant le déroulement de l'instance et revêt la forme du *désistement* ou d'acquiescement aux dispositions du jugement, elle peut être admise par le juge. Cette distinction chronologique s'explique par les conditions dans lesquelles est opérée la renonciation.

Dans le premier cas, elle est réalisée en dehors de tout élément d'information pour le renonçant qui hypothèque indûment l'avenir et son droit à l'action ; dans le second, en revanche, le désistement est possible parce qu'il n'est acquis qu'en cours d'instance alors que les parties ont fait valoir leurs intentions. *Les parties ne renoncent pas par anticipation à un droit mais simplement à une initiative prise au cours d'une instance juridictionnelle* (59). Aucune atteinte n'est ainsi portée au double degré de juridiction qui n'est pas touché en son principe par le désistement alors qu'il le serait par un acquiescement préalable, véritable renonciation au droit à l'action.

La solution retenue par le juge administratif est différente de la position adoptée par la jurisprudence judiciaire. En effet, dans le procès civil, la renonciation est possible, par acquiescement ou désistement, parce que l'appel est une *faculté offerte aux parties.* La renonciation est admise par le juge si le consentement des intéressés est cer-

(58) C.E., 19 janvier 1956, Rec. sommaire, p. 733.

(59) A. Heurte, « Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1959.I.81 et s. Le désistement est en réalité l'œuvre du juge qui rend un véritable jugement. L'acquiescement d'une décision pour qu'il soit régulier doit remplir des conditions rigoureuses. Cf. C.E., 14 mars 1962, Sté Paul Boye, Rec. p. 173.

tain et si les droits fondamentaux qui bénéficient d'une protection d'ordre public (défense) n'ont pas été violés (60). La volonté reste donc la loi des parties. Les parties doivent pouvoir renoncer à la possibilité qui leur est offerte pour une double raison : dans le procès-civil, les parties sont maîtresses de la procédure et ne recherchent que la protection des intérêts privés qui ne mettent que très rarement en jeu l'ordre public.

Une telle solution n'est pas concevable dans le procès administratif pour deux raisons. En premier lieu, à l'occasion d'une instance administrative *un intérêt public* est toujours en cause. L'Administration ou le particulier demandent au juge d'en assurer la protection ou le rétablissement. Au surplus, les parties, parce que la procédure est inquisitoire, sont soumises à la *volonté du juge* et ne peuvent déroger à l'organisation juridictionnelle. Le caractère d'ordre du double degré de juridiction l'emporte sur la volonté des parties.

Cette double explication est-elle satisfaisante dans la mesure où la notion de parties ne s'applique pas à l'ensemble du contentieux administratif ? Le caractère objectif (ou de procès fait à l'acte) du recours pour excès de pouvoir semble s'en accommoder difficilement. L'appel, introduit en ce domaine par la réforme du 30 septembre 1953, n'a pas la même nature (61) et pose des problèmes quant à la détermination des personnes susceptibles de relever l'appel (62). Le double degré de juridiction n'est plus respecté dans l'intérêt des parties mais dans l'intérêt supérieur de la justice et de la légalité. La justification donnée à la nullité de la renonciation conventionnelle ne vaut donc que partiellement pour le contentieux objectif.

La nullité de la renonciation au double degré de juridiction n'est pas la seule conséquence à découler du caractère d'ordre public de l'appel. Le juge de l'appel ne peut conventionnellement devenir un juge de première instance.

2. — *Nullité du recours direct à la juridiction d'appel.*

434. — Un litige qui peut normalement être soumis au double degré de juridiction ne peut être porté *omissio medio* devant le juge d'appel. Cette hypothèse est, en réalité, un cas particulier de la renonciation au double degré de juridiction. On ne repousse plus la compétence du juge de l'appel (ce qui est réalisé par le désistement et l'acquiescement préalable) mais on renonce à celle du juge du premier

(60) Cass. Req. civ., 26 juin 1855, D.P. 1856.I.9. Cour d'appel de Paris, 18 novembre 1952, D. 1952.J.804.

(61) P. L. Lucas, « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction », D. 1957, chr. pp. 115 et s.

(62) C.E., 7 juin 1957, « Préfet de la Gironde », note M. Waline, R.D.P., p. 1958, pp. 101 et s. et Feuer, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative », déjà cité R.D.P., pp. 22 et s.

degré. Il s'agit bien d'un type spécial de renonciation dont le régime sera assez proche de celui qui a été envisagé précédemment (63).

435. — *La portée de l'interdiction du recours « omissio medio ».* — Le juge d'appel décide que toute requête déposée devant lui directement sans avoir été soumise au préalable à la juridiction du premier degré est irrecevable.

A une requérante qui demandait au Conseil d'Etat d'annuler un arrêté municipal ordonnant des travaux d'assainissement à un immeuble, il fut opposé qu'il « appartenait à la requérante de saisir « en premier ressort le Conseil de Préfecture (...), que, dès lors, sa « requête portée directement devant le Conseil d'Etat, n'est pas rece- « vable » (64). Le Conseil d'Etat considère ainsi que la règle du double degré est d'ordre public. Cette jurisprudence peut être rapprochée de la règle du ministre-juge. Avant les lois de 1872 et de 1889, la juridiction administrative rejetait toute demande adressée à elle sans que le ministre n'ait épuisé sa compétence juridictionnelle (65). De la même façon, nul ne peut déroger conventionnellement à la règle du double degré sans avoir épuisé les pouvoirs du juge de première instance.

436. — *Le fondement de la nullité du recours « omissio medio ».* — Il est peut-être abusif de qualifier tout recours *omissio medio* de dérogation conventionnelle au double degré de juridiction (66). L'accord des volontés n'est, dans cette hypothèse que rarement exprès ; les deux parties, plus souvent par ignorance des règles de procédure que volontairement, portent leur litige devant une juridiction incompétente. La dérogation est alors tacite et n'est pas comparable, sous cet angle, à la renonciation étudiée dans le point précédent (67).

Les processualistes expliquent habituellement l'irrecevabilité qu'oppose d'office le juge de l'appel aux décisions portées devant lui en premier ressort par la violation des règles de compétence qui ont un caractère d'ordre public. Ils confèrent ainsi aux règles de compétence

(63) Voir *supra*, pp. 281-282.

(64) Voir C.E., 8 juin 1951, Hirschovitz, conclusions Delvolvé, S. 1951.III, p. 76. C.E., 9 juin 1948, Baudouin, Rec. p. Plus encore que la règle précédente, la nullité du recours direct au juge d'appel met en cause l'organisation juridictionnelle. Ce problème pourrait être traité parmi les principes relatifs à la juridiction. Nous sommes convenus plus haut d'envisager dans ce chapitre tous les problèmes posés par le principe de l'appel, qu'ils relèvent de l'instance ou de la juridiction (voir *supra*, p. 268).

(65) Voir les conclusions Jagerschmidt, sur C.E., 13 décembre 1889, Cadot, D. 1891.3.41, note Hauriou, S. 1892.3.17.

(66) Il existe des hypothèses dans lesquelles le double degré de juridiction n'est pas respecté. L'intervention d'un tiers en appel est possible alors même que ce tiers n'est pas intervenu en première instance. Si les demandes nouvelles ne sont pas recevables en cause d'appel, en revanche, certaines conclusions contenant des moyens nouveaux le sont. Voir *infra*, p. 302.

(67) Voir *supra*, p. 281.

une extension injustifiée. Si le juge de l'appel entend que soit respectée la compétence de la juridiction du premier ressort, c'est pour assurer l'application de la règle du double degré de juridiction. Le droit à l'action doit pouvoir être épuisé totalement pour permettre aux parties de bénéficier d'un examen complet de leur litige.

C'est donc sur la base du droit à l'action que les parties n'ont pas la possibilité de renoncer à la protection que confère l'organisation juridictionnelle. Le recours aux règles de compétence était un palliatif aux lacunes procédurales et jurisprudentielles. La nécessité d'un double degré de juridiction se faisait sentir impérieusement mais, en l'absence de textes ou de principe, il ne pouvait être respecté ni sanctionné. La justification de l'interdiction du recours *omissio medio* reposant sur les règles de compétence n'a donc plus, avec le développement et la consécration du double degré de juridiction, aucune valeur explicative. Enfin, l'erreur dénoncée provient du fait que règles de compétence et du double degré de juridiction ont l'une comme l'autre le caractère d'ordre public auquel seule une loi peut déroger.

Si l'on souscrivait à l'interprétation proposée par les processualistes, le double degré de juridiction ne serait d'ordre public et ne constituerait un principe général de procédure que là où il est appliqué en vertu de textes précis (68). Il en résulterait une émasculation dangereuse du principe général de procédure. En réalité, le recours direct au juge présumé être le juge d'appel, en dehors de tout texte précis le prévoyant expressément, est une violation du double degré de juridiction. Il serait cependant souhaitable que le Conseil d'Etat se prononçât sur une hypothèse semblable pour dissiper toute équivoque et renforcer la portée du principe du double degré de juridiction.

3. — *Nullité de la renonciation à l'appel au profit d'une autre voie de recours.*

437. — Le schéma idéal de l'organisation juridictionnelle et des voies de recours, tracé par les textes et les principes généraux de procédure permet à l'instance d'être prolongée par le double degré de juridiction et le recours en cassation. Dérogeant à ce schéma les parties peuvent imaginer, pour alléger la procédure, de renoncer à l'appel sans que toute garantie soit pour autant supprimée en soumettant à la juridiction de cassation le litige tranché par le juge du premier degré. Le principe général du double degré de juridiction le leur interdit, bien qu'il n'y ait pas conflit entre les deux principes généraux (recours en cassation et double degré de juridiction) (69).

C'est à l'arrêt dame Clément du 18 juin 1920 qu'est due cette précision. L'article 2 de la loi du 1er juillet 1916 prévoyait que les intéressés pouvaient faire appel des décisions de la Commission du

(68) Cf. G. Feuer, *op. cit.*, p. 32.
(69) Voir *infra*, pp. 287 et s.

premier degré des Bénéfices de Guerre devant une Commission supérieure dont les décisions étaient rendues en dernier ressort et ne pouvaient être attaquées que pour excès de pouvoir en violation de la loi devant le Conseil d'Etat. La commission du premier degré avait fixé les bases de l'imposition de la dame Clément à la contribution sur les bénéfices de guerre dans des conditions qu'elle estimait irrégulières. Plutôt que de saisir la Commission supérieure par voie d'appel, la requérante s'adressa directement au juge de cassation. Le Conseil d'Etat déclina toute compétence au motif que la requérante « ne pou- « vait poursuivre la réformation du jugement (de la Commission du « premier degré) que par la voie d'un appel porté devant la Com- « mission supérieure... et (qu'elle) n'est pas recevable à déférer direc- « tement ladite décision au Conseil d'Etat (70) ».

Dans tous les cas où il est porté atteinte au double degré de juridiction autrement que par la voie législative, le Conseil d'Etat rejette catégoriquement la demande introduite à tort devant lui. Le caractère d'ordre public du principe est alors le meilleur garant de son application puisqu'il oblige la juridiction irrégulièrement saisie de soulever le moyen et de déclarer son incompétence (71).

Dans d'autres circonstances, loin de vouloir abréger l'instance, les parties se mettent d'accord pour alourdir la procédure et prolonger l'instance au nom de la règle du double degré de juridiction : elles rétablissent conventionnellement l'appel.

C. — L'ÉTABLISSEMENT CONVENTIONNEL DU DOUBLE DEGRÉ DE JURIDICTION.

438. — L'organisation juridictionnelle est telle que, fréquemment, une juridiction est compétente en vertu des textes en premier et dernier ressort (72). C'est le cas de nombreuses juridictions spéciales qui ne sont soumises au Conseil d'Etat que par la voie du recours en cassation. L'établissement conventionnel de l'appel peut-il être envisagé par les parties ? Deux réponses sont concevables :

— On peut penser, au premier abord, qu'en vertu d'une certaine symétrie des règles, le rétablissement conventionnel de l'appel là où il n'est pas prévu législativement ne peut pas plus exister qu'une renonciation pure et simple à cette voie de recours (73).

— Il est également permis d'estimer que si le double degré de juridiction a une valeur législative et un caractère d'ordre public, son

(70) C.E., 18 juin 1920, Dame Clément, Rec. Lebon, p. 588.

(71) Dans ce domaine, la violation des règles de compétence n'a pas de valeur en soi, elle matérialise simplement le principe du double degré de juridiction que les parties tentent de ne pas mettre en œuvre pour alléger la procédure.

(72) Jusqu'à la réforme de 1953, le Conseil d'Etat était juge de droit commun à ce titre. Voir également *infra*, p. 323.

(73) Voir *infra*, pp. 280 et s.

rétablissement conventionnel est régulier dès lors qu'une règle de compétence précise ne l'a pas supprimé. Le Conseil d'Etat a opté alternativement pour la première et la seconde solution selon les deux situations qui se présentaient : le mutisme des textes et l'hypothèse dans laquelle l'appel n'existe pas normalement pour une raison matérielle. Nous envisageons successivement ces deux situations (74).

1. — *L'établissement de l'appel dans le silence des textes.*

439. — L'établissement conventionnel de l'appel dans le silence des textes a longtemps été jugé contraire à l'ordre public. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens lorsque des Conseils régionaux de l'Ordre des Médecins statuaient sur des protestations dirigées contre certaines élections au Conseil de l'Ordre : « *En l'absence de toutes disposition pré-* « *voyant que les décisions desdits conseils statuant sur les contesta-* « *tions dont il s'agit sont susceptibles d'appel, ces décisions rendues* « *en dernier ressort, ne peuvent faire l'objet que d'un recours en* « *cassation* » (C.E. 15 juin 1949 — Faveret) (75). Pour rejeter la règle du double degré de juridiction, le Conseil d'Etat décide, sans motif apparent, que les décisions sont rendues *en dernier ressort* et en conclut tout normalement que dans le silence des textes, l'établissement conventionnel du double degré de juridiction n'est pas possible lorsque la décision est rendue en dernier ressort.

La jurisprudence Faveret mérite une explication suivie d'une critique. La motivation de l'arrêt, rendu cinq ans après l'arrêt Vernon (C.E. 4 février 1944) qui consacrait le principe du double degré de juridiction, lève certains doutes. A la lecture d'une telle décision, il était permis de penser que, dans le silence des textes, le principe général du double degré de juridiction s'effaçait. Certains auteurs en ont conclu hâtivement que, en vertu du principe général, l'appel est d'ordre public «là où il existe » (76), c'est-à-dire dans les seules hypothèses où il est prévu expressément par un texte. Le Conseil d'Etat n'a cependant pas opté pour une solution si contraire à la jurisprudence Vernon. Il a fort heureusement précisé que l'appel n'était pas recevable parce que la décision était rendue en dernier ressort et qu'ainsi, dans le silence des textes, le recours en cassation pouvait seul être intenté (77).

(74) Depuis l'arrêt Vernon, lorsque l'appel est supprimé par un texte, il faut tenir compte de la valeur de ce texte. Voir les règles posées *supra*. Auparavant un texte réglementaire pouvait empêcher le double degré de juridiction d'être rétabli là où il aurait été matériellement possible, C.E., 18 juin 1920, Dame Clément, Rec. p. 588 et C.E., 4 février 1933, Gouvernement général de l'Indochine c. Morello, Rec. p. 134.

(75) C.E., 15 juin 1949, Sieur Faveret, Rec. Lebon, p. 288. C.E. sec., 19 janvier 1949, sieur Deroïde, Rec. Lebon, p. 22.

(76) Cela revient pratiquement à dire qu'il n'y a pas de principe. Si l'on acceptait ce point de vue, le principe général ne recevrait d'application que dans une hypothèse ; lorsqu'un texte législatif prévoyant le double degré de juridiction, c'est-à-dire dans les cas assez semblables de l'arrêt Vernon.

(77) Voir *infra*, pp. 331 et s.

Si le principe général du double degré de juridiction était sauvegardé grâce à une motivation habile, la solution n'en était pas moins regrettable d'autant que, dans l'arrêt Faveret précité, l'appel aurait pu être porté devant le Conseil national de l'Ordre des Médecins dont les décisions sont soumises au Conseil d'État par la voie du recours en cassation. L'organisation juridictionnelle que doivent toujours respecter les principes généraux de procédure (78), ne s'opposait en rien à ce qu'un contrôle au fond précédât un recours en cassation. Il faut regretter la restriction indirecte dont est ainsi assorti le principe du double degré de juridiction. La jurisprudence Faveret doit être limitée dans sa portée et n'entamer en rien le principe selon lequel un appel est recevable contre toute décision rendue par une juridiction statuant en premier ressort, lorsque l'organisation juridictionnelle le permet.

2. — *Le rétablissement de l'appel là où il est supprimé pour des raisons matérielles.*

440. — Les parties peuvent cependant se mettre d'accord pour rétablir le double degré de juridiction sous certaines conditions. Par un arrêt de section du 25 novembre 1949, postérieur de quelques mois à l'arrêt Faveret, le Conseil d'Etat abandonne la position intransigeante qui était, jusque-là, la sienne.

Décision assez isolée, l'arrêt « Société technique des appareils centrifuges industriels » (79) peut être interprété de deux façons. Ou l'on considère qu'il apporte une solution à un cas d'espèce, le rétablissement du double degré de juridiction pour les litiges nés dans des territoires d'Outre-Mer (avant la réforme du 30 septembre 1953) ; ou l'on estime qu'il constitue un revirement jurisprudentiel important et permet le rétablissement du double degré de juridiction là où il se trouve normalement supprimé. Les faits de l'espèce éclairent l'option qui pourra être proposée.

A la suite d'une résiliation abusive de marchés au Maroc et au Liban, la S.T.A.C.I. dont le siège social est à Paris attrait l'Etat devant le Conseil de Préfecture de la Seine au motif qu'il n'existait pas de Conseil du Contentieux au lieu d'exécution des travaux. La Société pose donc le problème sous l'angle de la compétence *ratione loci* des juridictions administratives. A la suite d'un jugement d'incompétence du Conseil de Préfecture de Paris, le Conseil d'Etat envisage le différend dans le cadre de la règle du double degré de juridiction et des décrets du législateur colonial des 5 août et 7 septembre 1881. « Les « litiges relatifs à l'exécution des marchés de travaux publics sont

(78) V. *supra*, 1re partie, pp. 193 et s.

(79) C.E. Sec., 25 novembre 1949, « Sté Technique des appareils centrifuges industriels (S.T.A.C.I.), Rec. Lebon, p. 512. Il convient de noter au surplus que l'arrêt est rendu en matière de travaux publics régie par des règles assez souples de compétence territoriale.

« normalement soumis à un double degré de juridiction », affirme d'abord le Conseil d'Etat ; il en tire les conséquences suivantes :

« Si, en l'absence d'une juridiction de première instance compé-« tente pour en connaître au Maroc et au Liban, les litiges relatifs à « des marchés exécutés dans ces pays sont en principe portés directe-« ment devant le Conseil d'Etat, cette règle ne fait pas obstacle à ce « que les parties s'entendent pour saisir de leur différend, en premier « ressort, un Conseil de Préfecture dont le choix est justifié, comme « dans l'espèce par les circonstances de l'affaire. »

— Dans une première optique, l'arrêt S.T.A.C.I. n'est qu'un aspect de la jurisprudence Vernon (C.E. 4 février 1944) sur la compétence des juridictions administratives dans les territoires d'Outre-Mer liés à la France (80).

— Mais la rédaction de l'arrêt autorise une interprétation plus ample puisqu'il fait appel, en liminaire, au double degré de juridiction. L'arrêt est encore sous cet angle, un complément de la jurisprudence Vernon dans son apport le plus large au double degré de juridiction. Il n'anéantit pas cependant complètement la jurisprudence antérieure, c'est-à-dire qu'il n'autorise pas l'établissement ou le rétablissement conventionnel de l'appel lorsqu'un texte législatif en dispose autrement. Il réglemente le droit d'appel, soit dans le silence des textes, soit lorsqu'un acte réglementaire paraît s'y opposer. Dans les deux cas, le double degré de juridiction peut être rétabli conventionnellement, dans l'intérêt des plaideurs et de la justice à condition que l'organisation juridictionnelle s'y prête.

441. — La volonté des parties permet donc lorsqu'elle est non équivoque, de reconstituer le double degré de juridiction dans une matière où il se trouve supprimé, à une double condition :

— l'appel ne doit pas avoir été interdit par une règle ayant le caractère d'ordre public;

— l'appel doit être concilié avec l'organisation des juridictions intéressées que l'on soit en présence d'un texte, ou, à plus forte raison, en l'absence de tout texte précis. C'est l'hypothèse des arrêts Deroide et Faveret (83) et « Société S.T.A.C.I. ».

(80) Voir *supra*, § I, pp. 276 et s.
(83) Voir *supra*, pp. 286-288.

Section II

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE REGISSANT L'APPLICATION DU DROIT D'APPEL

442. — Le juge administratif a non seulement constaté l'existence d'un véritable droit pour les parties succombantes à obtenir la réformation d'une décision par une juridiction supérieure, mais il a également dégagé un certain nombre de règles d'application du principe qui sont, soit des principes généraux de procédure, soit des règles générales de procédure (84).

L'application du droit d'appel a été régie par les principes et les règles générales de procédure avant même que le principe du double degré de juridiction ne le fût (85). Là où l'appel existait en vertu des textes généraux ou spéciaux, il est apparu rapidement nécessaire d'en assurer la mise en œuvre par des règles de portée générale :

— Les unes ont trait aux conditions d'exercice de l'appel (sous-section I), c'est-à-dire aux décisions qui peuvent être frappées d'appel ainsi qu'aux parties capables de faire valoir le double degré de juridiction.

— Les autres règles non écrites déterminent l'étendue des pouvoirs du juge d'appel (Sous-Section II).

— Les dernières sont relatives à l'effet non suspensif de l'appel (Sous-Section III).

Sous-Section I

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'APPEL

443. — Les conditions mises à l'exercice du droit d'appel se sont développées dans un sens de plus en plus favorable aux parties dont la protection fut ainsi renforcée. Le Conseil d'Etat, sous la pression des règles non écrites, a sans cesse accru le nombre des décisions susceptibles d'appel et élargi le cercle des intéressés ayant qualité pour faire appel. Les textes législatifs et réglementaires avaient, au contraire, tendance à rendre plus strictes, jusqu'en 1953, les conditions de l'appel pour éviter l'encombrement croissant des juridictions supérieures. Grâce aux règles non écrites la protection des parties l'a emporté sur les contingences matérielles. Nous déterminerons successivement les

(84) Sur les règles générales de procédure. Voir *supra*, 1re partie, p. 169.

(85) Voir *supra*, Section I, § 1, le développement du double degré de juridiction, pp. 271 et s.

décisions susceptibles d'appel en vertu des principes généraux (§ 1) et le principe selon lequel l'appel est ouvert à toute partie en cause dans l'instance (§ 2).

§ 1. — Les décisions susceptibles d'appel en vertu des principes généraux de procédure.

444. — Toute décision rendue en premier ressort (86) est normalement susceptible de faire l'objet d'un appel dès lors que celui-ci n'est pas exclu législativement (87), que la décision ne peut faire l'objet d'une autre voie de recours (88) et qu'elle n'est pas passée en force de chose jugée (89). La jurisprudence a fait application de ces principes dans une double direction :

— Toute décision proprement juridictionnelle, qu'elle soit interlocutoire ou préparatoire, remplit les conditions de l'appel.

— Au surplus, aux termes des principes généraux de procédure, il a paru nécessaire qu'au plan du double degré de juridiction les décisions arbitrales fussent assimilées aux décisions juridictionnelles.

A. — L'appel contre les jugements définitifs (90) et avant dire-droit

445. — Tous les jugements, qu'ils soient définitifs ou préparatoires, peuvent être frappés d'appel par la partie succombante. Cette solution est le résultat d'une évolution qui aurait pu aboutir à l'apparition d'un principe général de procédure si le juge administratif avait voulu se séparer plus complètement des dispositions du Code de Procédure civile.

1. — *L'élaboration inachevée du principe général.*

446. — L'extension des décisions contre lesquelles l'appel est recevable a constitué une tentative intéressante de création d'un principe

(86) Voir *supra*, pp. 281 et s.

(87) Voir *supra*, p. 275.

(88) Voir *infra*, pp. 331 et s.

(89) Les décisions administratives des juridictions ne peuvent faire l'objet d'un appel. Elles ne peuvent être attaquées que par la voie du recours hiérarchique ou du recours pour excès de pouvoir. A propos d'une autorisation de plaider. Cf. 24 juin 1898, Courterou, S. 1909.3.78.

(90) A l'instar des processualistes, nous préférons malgré les confusions auxquelles elle peut conduire, l'expression jugement « définitif », à celle jugement « au fond » ; voir par exemple, Cornu et Foyer, « Le jugement qui statue sur le fond d'un procès contentieux est appelé jugement définitif » (*op. cit.*, p. 458). Le terme de jugement définitif est également plus conforme aux textes procéduraux (art. 451 du Code de Procédure civile).

selon lequel tout jugement définitif ou avant dire-droit rendu en premier ressort pourrait être soumis au double degré de juridiction.

Les jugements définitifs remplissent évidemment les conditions de l'appel alors que la discussion peut s'instaurer à propos des jugements avant dire-droit, c'est-à-dire des décisions interlocutoires et préparatoires. Les jugements préparatoires ont été longtemps exclus du champ de l'appel, notamment du fait de l'introduction formelle de l'article 451 du Code de Procédure civile dans la procédure administrative.

L'article 60 de la loi de 1889 renvoyait èxpressément au dit Code et prévoyait que l'appel n'était possible que contre les décisions définitives ou interlocutoires des Conseils de Préfecture, à l'exclusion des arrêtés préparatoires (91). Les arrêtés interlocutoires pouvaient être attaqués, soit par un recours joint, en même temps que le jugement définitif (92), soit par voie d'appel direct. Tous les jugements rendus lorsque le tribunal ordonne avant dire-droit une preuve, une vérification, ou une instruction qui préjuge le fond sont interlocutoires. Le préjugé était donc le fondement de l'appel des décisions interlocutoires. Parce qu'ils ne préjugeaient pas le fond, les jugements préparatoires étaient insusceptibles d'appel.

447. — *L'article* 451 *du Code de Procédure civile liait-il complètement les juridictions administratives ?* Pendant longtemps, il ne fut qu'une règle de procédure transposée directement dans le contentieux administratif, et recevait la qualité de règle générale de procédure (93). Une évolution s'est cependant produite, favorable à l'appel contre les décisions préparatoires et qui aurait pu permettre, si elle s'était confirmée, d'élever la règle au rang de principe. Le Conseil d'Etat accepta, sur les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie, l'appel contre certaines décisions considérées jusqu'alors comme préparatoires (94). Dès lors qu'un jugement avant dire-droit a préjugé certaines questions en litige, l'appel est directement recevable contre lui. Ainsi une expertise ayant pour objet de confier à l'expert une mission qui implique un préjugé favorable à la prétention des parties donne au jugement qui l'ordonne un caractère interlocutoire. Ce n'est plus la qualification du jugement (intelocutoire ou préparatoire) qui détermine la recevabilité de l'appel, mais son caractère de préjugé du jugement. Le principe général aurait pu être formulé

(91) Article 60 de la loi du 22 juillet 1889, « Les dispositions du Code de Procédure civile relatives à l'appel des jugements préparatoires et interlocutoires sont applicables contre les décisions des Conseils de préfecture ».

(92) Cf. 29 octobre 1926, Masoni, Rec. p. 916, C.E., 10 décembre 1926, ministre des P.T.T., Rec. Lebon, p. 1019. C.E., 15 juillet 1957, Ville de Strasbourg, concl. Grévisse, A.J.D.A., 1957.II.20.

(93) C.E., 1er juillet 1935, ministre des Pensions c. Chaudeysson, Rec. Lebon, p. 674.

(94) C.E., 23 juillet 1937, Ali Tur, concl. Latournerie, D. 1938.III.13.

ainsi : l'appel est recevable contre tout jugement avant dire-droit qui a préjugé le fond du litige. En préconisant un certain détachement par rapport aux articles 451 et 452 du Code de Procédure civile, qui (comme toutes les règles qui ont leur source dans la procédure judiciaire) ne sont applicables au droit public « que dans la mesure où le permet « le régime spécial du droit public et avec les adaptations qui, le cas « échéant peuvent être nécessaires » (95), M. Latournerie appelait de ses souhaits la transformation de la règle en principe général de procédure.

2. — *La réception de la loi du 23 mai 1942 par le juge administratif.*

448. — La législation de 1942 a ouvert l'appel contre tous les jugements avant dire-droit des tribunaux judiciaires du premier degré (96).

La rédaction de l'article 60 de la loi de 1889 n'a pas été modifiée à la suite de la réforme du Code de Procédure civile de 1942. On pouvait se demander quelle serait l'influence du nouvel article 451 sur la recevabilité de l'appel contre les jugements avant dire-droit. Ou le juge administratif appliquerait la législation nouvelle, ou il se considérerait lié par la rédaction originaire de la loi de 1889 qui poursuivrait une évolution autonome.

Après certaines hésitations, la juridiction administrative a accepté l'applicabilité de la réforme de 1942 à la procédure administrative. Elle considère désormais comme recevable tout appel contre une décision préparatoire en vertu « de l'article 451 du Code de Procédure « civile, modifiée par la loi du 23 mai 1942 (97) ». A la voie autonome des principes généraux de procédure, la juridiction administrative a préféré celle de la dépendance à la procédure judiciaire. Mais l'une comme l'autre conduisent à des résultats presque identiques et interdisent ainsi tout regret superflu.

Il résulte de cette introduction directe de la réforme du 23 mai 1942 en droit public que la recevabilité de l'appel contre toutes les décisions avant dire-droit des Tribunaux administratifs n'est pas un principe général de procédure et perd même le caractère de règle générale de procédure. Elle conserve néanmoins cette dernière qualification devant les juridictions spéciales dont les décisions avant dire-droit pourront faire l'objet d'un appel, sauf si un texte l'interdit formellement. La jurisprudence a fait preuve de plus d'originalité et d'indépendance à

(95) Concl. Latournerie déjà citées, voir sur l'ensemble de la question, *supra*, 1re partie, pp. 83 et s.

(96) La loi du 23 mai 1942 portait réforme de l'appel. L'article 451 nouveau dispose : « En toutes matières à l'exception de celles pour lesquelles cette voie de recours est interdite par la loi, tout jugement avant dire-droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif... »

(97) C.E., 1er octobre 1954, Algérie contre ville d'Alger, Rec., p. 367. C.E., 10 janvier 1962, Association syndicale de reconstruction de Strasbourg ville, Rec. p. 19.

l'égard des décisions des juridictions arbitrales qui sont susceptibles de l'appel en vertu des principes généraux de procédure.

B. — Le principe de la recevabilité de l'appel contre les décisions d'arbitrage.

449. — Les activités économiques nouvelles ont fait naître un certain nombre de commissions d'arbitrage qui sont plus aptes à résoudre des litiges d'ordre technique que les juridictions administratives classiques. Le législateur les a, dans certains cas, organisées de façon complète en leur conférant un caractère juridictionnel prononcé (98) ; elles sont même, la plupart du temps, des juridictions (99). Il est donc normal que, sauf exceptions limitées, les principes généraux et les règles générales de procédure s'appliquent à ces organismes. Le Conseil d'Etat l'a rappelé pour le double degré de juridiction. Dans une affaire qui opposait la commission arbitrale instituée à la suite des nationalisations des Houillères au sieur Lambarot (100), le commissaire du gouvernement Chardeau ne fait aucune allusion au précédent jurisprudentiel de l'arrêt Vernon (C.E. 4 février 1944) (101), mais invoqua un « *principe général de compétence* » selon lequel « tout arbitrage *implique un appel* ».

Il est malaisé de souscrire complètement à l'argumentation du Conseil d'Etat. Le principe de l'arrêt Lamborot est certainement une règle de procédure et non une règle de compétence. Naturellement, en optant pour le double degré en ce domaine, le Conseil d'Etat aménage bien les règles de compétence d'une juridiction supérieure ; en l'espèce il s'agissait de sa propre compétence qui pouvait être soit celle d'un juge d'appel, soit celle de juge de cassation. Mais qualifier de *principe général de compétence* la règle du double degré en matière d'arbitrage équivaut à faire de toutes les voies de recours des règles de compétnce et vider de leur substance les règles de procédure. L'opposition relevée peut cependant être réduite, sinon anéantie, si l'on estime que l'aménagement des compétences n'est que la conséquence, au plan de l'organisation juridictionnelle, des règles de procédure. Ce sont elles qui déterminent l'action, l'instance et les voies de recours et, pour s'épanouir, elles utilisent la compétence. M. Chardeau a préféré à la solution de fond la manifestation extérieure et matérielle de règles de fond. Le

(98) Voir par exemple, les commissions arbitrales du premier degré et d'appel des dommages de guerre de la loi du 28 octobre 1946, modifiées par la loi du 9 avril 1952, M. Poussière, « Contentieux des dommages de guerre, organisation générale - commissions arbitrales », *in* Jurisclasseur administratif, 1957, fasc. 770.

(99) L'arbitrage n'est pas juridictionnel seulement lorsqu'une loi le prévoit expressément, exemple : Comité supérieur du gaz (voir *supra*, 1re partie) et l'arrêt rendu sur les conclusions du commissaire Chardeau, « Electricité de France », C.E. Ass., 27 mai 1956, A.J.D.A. 1956, p. 322.

(100) C.E. Ass., 4 janvier 1957, Lamborot, concl. Chardeau, A.J.D.A., 1958.II, p. 108.

(101) Voir *supra*, Section I, § 1, pp. 276 et s.

fondement est cependant le même : dans les deux cas il s'agit d'un principe général auquel il est donné une qualification différente. On peut affirmer, qu'en application de la règle du double degré de juridiction, la jurisprudence a reconnu l'existence d'un principe général de procédure selon lequel toute décision d'arbitrage est susceptible d'appel. L'assemblée du Conseil d'Etat a, malgré tout, hésité à donner une qualification à la règle qu'elle posait, mais seul le principe du double degré de juridiction (qui a reçu ainsi une extension) donne une explication satisfaisante à une solution équitable. Toute décision juridictionnelle ou d'arbitrage rendue en premier ressort, dès lors qu'elle n'est pas passée en force de chose jugée et qu'elle n'est pas susceptible d'une autre voie de recours, est soumise au principe du double degré de juridiction.

§ 2. — Le principe général selon lequel l'appel est ouvert à toute personne en cause dans l'instance.

450. — L'appel ne peut être formé que par une personne partie ou représentée à l'instance et qui a intérêt à obtenir l'annulation du jugement attaqué (102). La qualité d'appelant a tôt fait l'objet d'un principe général de procédure et se rapproche des solutions judiciaires, sans cependant qu'il s'agisse d'une règle de procédure civile introduite en droit administratif.

A. — L'affirmation du principe : L'arrêt « Société Fontaine et Vaillant » (103).

451. — Le principe général de procédure fut dégagé dès 1924 pour les décisions du Tribunal administratif d'Alsace-Lorraine (103 *bis*) et repris pour les décisions du jury national des marchés de guerre. Aux termes de l'art. 138 de la loi du 31 mai 1933, il pouvait être fait appel des jugements du jury national devant le Conseil d'Etat. Dans l'affaire « Société Fontaine et Vaillant » le ministre des Finances avait au nom de l'Etat, relevé appel contre les décisions du jury national. Pour

(102) Nous n'étudierons pas les notions d'intérêt et de capacité de l'appelant qui sont, avec la qualité de celui-ci, les conditions que doit remplir une partie pour relever appel d'une décision. L'intérêt se confond d'ailleurs en partie avec la qualité de partie ou de représenté à l'instance quand la première instance ne leur a pas donné satisfaction sur tous les points. Ils n'auraient pas l'intérêt requis dès lors que satisfaction intégrale leur a été donné « quelque soient les motifs retenus par le juge ». Pour l'administration, l'absence de l'intérêt s'analyse par le rejet de la requête présentée par le particulier. Voir sur ce point, Fournier et Braibant, « La recevabilité de l'appel », *in* A.J.D.A., 1957.II.498. C.E., ministre de l'Agriculture c. sieur Le Foyer, C.E., 25 février 1957, A.J. 1957.II.42.

(103 *bis*) C.E., 7 novembre 1924, Baumann, Rec. p. 642.

(103) C.E. Ass., 17 février 1937, ministre des Finances c. Sté Fontaine et Vaillant, Rec. p. 224.

refuser la qualité d'appelant au ministre, le Conseil d'Etat invoqua le « *principe général de procédure en vertu duquel le droit de demander « la réformation des décisions de justice est ouvert à toutes les parties « en cause dans l'instance* sur laquelle a statué la décision dont il est « fait appel ». Le non-respect de la règle constitue une atteinte au principe du double degré de juridiction dont la logique implique qu'une partie doit se soumettre au juge du premier degré avant que le litige ne soit tranché par celui de l'appel.

La décision a été rendue par l'Assemblée du Conseil d'Etat, en 1937, époque à laquelle les principes généraux de procédure n'étaient pas encore formulés avec une telle netteté (104). Elle confirmait ainsi avec éclat la solution très avancée qu'avait adopté treize ans auparavant le Conseil dans une formation plus restreinte. La qualité d'appelant est reconnue à toutes les personnes en cause dans l'instance. En vertu du même « principe général de procédure le droit de demander « la réformation des décisions de justice n'est ouvert *qu'à ceux* qui « ont été en cause dans l'instance (105) ».

B. — La détermination des personnes en cause par les règles générales de procédure (106).

452. — Le Conseil d'Etat a dressé un inventaire précis des « *parties en cause* » à l'instance, capables de relever appel. Les règles générales de procédure et d'évolution jurisprudentielle générale ont opéré un dépassement intéressant du principe général de l'arrêt « Société Fontaine et Vaillant ». Le cercle des appelants est passé des « *parties* en cause » à l'instance aux « *personnes* en cause » dans la même instance.

453. — 1. — *La notion de personne en cause.* — Partie triomphante et partie succombante pourront former appel en vertu de la règle générale de procédure qui « implique le droit pour l'intimité d'inter- « jeter incidemment appel » (107). Cette règle est absolue pour le plein contentieux (108) mais nécessite une adaptation dans le conten-

(104) C.E. Ass., 19 février 1937, ministre des Finances c. Sté Fontaine et Vaillant, Rec. Lebon, p. 224.

(105) C.E., 21 décembre 1937, sieur La Basthe, Rec. Lebon, p. 1070. C.E., 13 juillet 1961, « Sté civile du Centre pour l'aménagement et le lotissement de tous immeubles », Rec. Lebon, p. 528.

(106) Nous déterminerons de façon plus précise la notion personne en cause dans l'étude des droits de la défense. Cf. *infra*, pp. 382-385. En effet, de nombreux droits et en particulier ceux de la défense sont accordés à toutes les personnes en cause à l'instance.

(107) C.E., 8 février 1928, Dame Veuve Liénard, Rec. Lebon, p. 186.

(108) Il faut noter cependant la limitation qui frappe le locataire dans le contentieux des édifices menaçant ruine. Il peut intervenir en première instance, mais tout appel émané de lui est jugé irrecevable, C.E., 15 juillet 1960, Mathieu, Rec., p. 298, voir *infra*, p. 322, note (114).

tieux de l'annulation où l'on ne peut considérer l'administration comme « partie succombante » si le juge du premier degré annule un acte administratif.

Par personne en cause dans l'instance, il faut (si l'on n'envisage pas le recours pour excès de pouvoir) (109) entendre *toute personne partie ou représentée à l'instance.* L'administration comme son adversaire pourront interjeter appel. Il suffit donc, (lorsque la voie de l'opposition est écartée) pour faire appel, d'avoir été présent à l'instance ou d'y avoir été régulièrement appelé, même au cas où aucune défense n'aurait été produite (110). La qualité de partie est ainsi largement reconnue et s'étend à tout intéressé au nom duquel une personne a agi en vertu d'un mandat régulier devant la juridiction du premier degré.

Seule une personne non mise en cause (parce que la voie de la tierce-opposition lui est ouverte) ou une partie défaillante (qui peut agir par l'opposition) sont déclarées irrecevables en leur appel. On ne considère pas non plus comme partie en première instance l'intéressé au nom duquel une personne a agi sans mandat devant la juridiction du premier degré (111). Mais la notion de personne en cause est parfois remise en question dans certains cas particuliers.

454. — 2. - *Les élargissements et adaptations de la notion de personne en cause.* — La notion de personne en cause a été adapté sans grande difficulté dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Elle a été élargie dans le contentieux électoral et appliqué à l'intervenant non appelé à l'instance originaire.

455. — a) *Dans le contentieux électoral* la notion de personne en cause dont sont bénéficiaires les électeurs a été entendue très largement. Si le tribunal administratif a modifié les résultats proclamés par le bureau de dépouillement dont la décision est contestée, tout électeur aura la qualité de partie intéressée. En effet par son jugement, le tribunal a créé une situation nouvelle opposable à tout électeur inscrit sur les listes électorales. L'extension de la qualité de partie s'explique par l'intérêt des votants à faire annuler l'élection. La notion restrictive de parties a cédé le pas aux impératifs largement reconnus de l'intérêt pour agir (112).

(109) Le contentieux de l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir détruit toute classification qui aurait pour objet d'identifier les personnes en cause à l'instance aux parties à l'instance, car il n'y a pas dans une telle instance deux droits opposés qui s'affrontent. L'administration n'est pas « partie », mais elle est seulement « en cause », dans le procès fait à l'acte. Voir *infra,* p. 298.

(110) Cette règle a été posée pour les tribunaux administratifs par l'article 2 du décret du 10 avril 1959.

(111) Cette solution dégagée par le Conseil d'Etat pour les décisions des tribunaux administratifs peut certainement être étendue par analogie à l'ensemble des juridictions du premier degré, C.E., 3 décembre 1955, Aldor, Rec. p. 574.

(112) Cette explication trouve un appui dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Lorsque le tribunal administratif n'a pas accueilli les réclamations du

456. — b) *La partie principale et l'intervenant* ont, en règle générale, des droits identiques pour relever appel. L'intervention est un incident par lequel une personne qui n'était ni partie ni représentée dans une instance demande à y figurer ou s'y trouve appelé par l'une des parties (113). Que l'intervention soit principale ou accessoire, le tiers acquiert ainsi un intérêt capable de justifier l'appel, aussi bien en matière de plein contentieux que d'excès de pouvoir (114). Dès lors que l'intervention est agressive et non conservatoire, volontaire et non forcée, l'intervenant peut interjeter appel du jugement rendu dans l'espèce à laquelle il a borné son intervention (115).

La jurisprudnce a donc interprété largement le principe général de procédure selon lequel « toutes les parties en cause » ont droit à la réformation du jugement. Le développement du double degré de juridiction en matière d'excès de pouvoir n'a pas infirmé cette jurisprudence libérale, mais a simplement transposé les principes du plein contentieux.

457. — c) *Dans le contentieux de l'excès de pouvoir,* il n'existe pas à proprement parler de partie défenderesse, bien qu'un rapprochement se soit esquissé entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction (116).

Compte tenu de la nature du contentieux objectif l'administration peut-elle être considérée comme «partie » capable de faire appel ? Lorsqu'il s'agit d'un acte fait par une autorité de l'Etat, seul le représentant de l'Etat, c'est-à-dire le ministre, a qualité pour relever appel d'un jugement de premier degré (117). Sans écarter la condition essen-

requérant, seules les parties (entendues en un sens restreint) ont le droit d'interjeter appel. Il n'est pas ouvert aux électeurs qui, dans cette circonstance, n'ont pas intérêt à la réformation d'un jugement qui confirme la volonté populaire exprimée lors du suffrage. C.E., 25 mars 1936, élections de Charnay, Rec. p. 374, *contra* C.E., 8 juillet 1946, « Elections de la Louvèse », Rec. p. 197.

(113) Encyclopédie Dalloz, procédure civile, « Intervention ». Il faut noter que l'intervention est également possible pour la première fois en appel, C.E., 25 février 1928, Chemins de Fer d'Orléans et Bogomoloff, Rec., p. 281.

(114) Il faut noter le régime particulier de certains contentieux spéciaux. Dans le contentieux des immeubles menaçant ruine, les tiers (voisins, locataires) ne peuvent pas faire appel d'un jugement du tribunal administratif s'ils ne sont pas intervenus devant les premiers juges, C.E., 15 juillet 1960, Mathieu, A.J.D.A., 1961.II.149 et C.E., 8 mars 1961, Delle Vilatte, Rec. p. 159.

(115) Cf. Auby et Drago, *op. cit.*, n°s 1329 et s., et Odent, *op. cit.*, T. 2, p. 365. C.E., 9 janvier 1959 de Harenne, Rec. Lebon, p. 23. C.E., 6 juillet 1960, Sté « Les films Marceau » et « Syndicat français des producteurs et exportateurs de films », Rec., p. 454. Ajoutons que le droit d'appel de l'intervenant est subordonné à l'exercice de l'appel par la partie principale. C.E., 6 novembre 1959, Dame Pomar, conclusions Bernard, R.D.P., 1960, p. 144, note Debbasch, D. 1960.J.468.

(116) M. Letourneur, « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », Etudes et Documents, 1953, pp. 31 et s. Cf. Kornprobst, « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », pp. 165 et s.

(117) Sous l'empire d'une jurisprudence ancienne, le principe était simple : « Une autorité administrative n'a pas qualité pour défendre elle-même ses actes

tielle de recevabilité de l'appel des seules « parties à la première instance » on peut préférer, pour le recours pour excès de pouvoir, celle de « *personne en cause* » ; elle n'est qu'une transposition au profit de l'administration de la règle des « parties » du plein contentieux. La notion de personne en cause ne peut être limitée au seul requérant de la première instance, car le débat juridictionnel veut, quelle que soit la forme qu'il recouvre (excès de pouvoir ou plein contentieux), la présence de deux personnes. Pour que la logique juridique soit respectée, il suffit de mettre l'administration en cause dans le procès, même si sa mise en cause doit avoir des effets plus restreints que ceux résultant de la qualité de partie. Cette solution a pour avantage d'unifier les règles de l'appel et de ne déroger en rien au droit commun posé par le principe général de procédure, mais suscite une remarque dans un cadre plus général.

On assiste, au plan contentieux, à une concentration du pouvoir d'appel entre les mains du pouvoir central lorsqu'une autorité administrative est en cause, alors qu'au plan de l'organisation générale des compétences, cette autorité jouit d'une liberté relative qui lui est donnée par la déconcentration (118). L'effacement de l'auteur de l'acte constitue un recul de la responsabilité, entendue en un sens non juridique, que développe au contraire la déconcentration et la décentralisation administratives. Le ministre est-il plus qualifié que l'auteur de l'acte pour juger de l'opportunité d'un appel ?

Il n'en demeure pas moins qu'en vertu du principe général, l'appel est largement ouvert non seulement aux parties à l'instance mais à toutes les personnes en cause dans cette instance.

Sous-Section II

LES REGLES ET PRINCIPES GENERAUX QUI DETERMINENT L'ETENDUE DES POUVOIRS DU JUGE D'APPEL

458. — L'aménagement du principe du double degré de juridiction suppose une réglementation précise des pouvoirs du juge de l'appel. Ses prérogatives doivent être très amples puisque toute juridiction

en justice ni au cours d'une instance en excès de pouvoir, ni *a fortiori*, en faisant appel d'un jugement d'annulation. » Concl. Mosset sur « Sous-préfet de Thionville », déjà cité). Voir également le décret du 29 janvier 1957 donnant qualité aux préfets et sous-préfets pour représenter l'Etat dans le recours pour excès de pouvoir, concernant les décisions prises dans l'exercice de leur pouvoir de tutelle. Ils acquièrent ainsi qualité pour interjeter appel. Voir également concl. Guldner sur C.E., 7 juin 1957, « Préfet de la Gironde », A.J.D.A., 1957.II.365.

(118) M. Waline préconisait avant les réformes réglementaires que l'auteur de l'acte eût, dans tous les cas, qualité pour former appel pour que fut respectée l'égalité entre l'administration et le requérant ; voir note sous C.E., 1er octobre 1954, ministre des Finances c. Crédit coopératif foncier, R.D.P., 1955, pp. 377 et s.

d'appel, qu'il s'agisse ou non du Conseil d'Etat est « investie d'une fonction régulatrice et d'une mission pédagogique » selon la formule de M. Feuer (119). Les textes législatifs concilient, souvent maladroitement et incomplètement, la nature de l'appel et les caractères généraux de la procédure contentieuse administrative. Au caractère inquisitoire de la procédure s'oppose le principe de la fixation du litige par les parties elles-mêmes. Entre la volonté du juge inquisiteur et celle des parties qui fixent l'étendue du litige, la loi a choisi parfois arbitrairement ; la construction prétorienne est venue à son secours. Les règles et principes de procédure ont remédié à certains défauts. Ainsi ont été élaborées des règles d'une nature difficile à discerner qui déterminent les pouvoirs du juge sur les parties (§ 1) et sur l'étendue du litige (§ 2).

§ 1. — Les pouvoirs du juge sur les parties.

459. — L'instance est un cadre dans lequel évoluent les parties et éventuellement les tiers intervenants (120) à l'égard desquels le juge dispose de pouvoirs importants. Sa décision en vertu de l'autorité relative de la chose jugée, ne peut avoir d'effet qu'entre les parties à l'instance et elle est inopposable aux personnes qui n'y ont pas participé (121). Cette règle vaut pour tous les degrés de l'instance, mais connaît une rigueur particulière au niveau du jugement d'appel.

Le Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'une *règle générale de procédure* (122) *qui limite les personnes vis-à-vis desquelles la décision d'appel a effet.* Il est fait obligation à toutes les juridictions administratives d'appel de ne « statuer qu'à l'égard des personnes qui ont été parties devant les premiers juges » (123). Cette règle générale est le corollaire, sinon une formulation particulière et adaptée au principe général selon lequel « le droit de réformation des décisions de justice est ouvert à toutes les parties en cause dans l'instance » (124). Ce rappel a été adressé à la Commission supérieure de contrôle des assurances sociales qui avait statué sur les conclusions d'une partie qui n'avait reçu aucune notification de sa mise en cause ni en première instance, ni en appel. L'intéressé ne pouvait donc être considéré comme ayant été partie à la première instance et la juridiction d'appel n'avait pas

(119) Voir M. Feuer, *op. cit.*, p. 41. Il faut remarquer que cette formule était destinée au Conseil d'Etat et non aux autres juridictions d'appel.

(120) Voir *infra*, pp. 382 et s., *supra*, 298.

(121) Une voie de rétractation est cependant offerte aux tiers qui n'ont pas participé à l'instance, mais dont les intérêts sont lésés, c'est la tierce-opposition, cf. *infra*, pp. 348 et s.

(122) Sur la nature des règles générales de procédure, voir *supra*, p.

(123) C.E., Section 3 mars 1944, Docteurs Claude et Michel Samsoen et Ducoulombier, p. 74.

(124) Voir *supra*, pp. 295-298.

la possibilité de statuer à son égard, cela en vertu du principe du double degré de juridiction (125).

460. — Mais cette règle n'est-elle pas plus la conséquence directe de l'effet dévolutif de l'appel (126) que des pouvoirs du juge sur les parties ? Le principe de l'effet dévolutif crée des rapports étroits entre les deux instances, rapports qui sont relatifs à l'étendue du litige mais qui ne concernent pas directement les intéressés par ce jugement. Le principe du dévolutif n'a donc d'incidence qu'accessoirement sur les personnes ; il vise l'objet du litige, tandis que la règle générale de procédure susrelatée limite les effets du litige aux personnes en cause dans la première instance.

Le cercle des personnes intéressées par le droit d'appel est bien délimité par les règles non écrites. De la même façon que seules les parties en cause dans la première instance peuvent former appel (127) de la même façon, le juge ne pourra statuer en appel qu'à leur égard. Cette situation peut être interprétée comme une limitation aux pouvoirs inquisitoires du juge administratif dont la décision ne peut avoir d'effet que sur les parties à toute instance. Le juge doit également résoudre la question litigieuse de l'instance dans le cadre de cette instance, telle qu'elle a été délimitée par les parties.

§ 2. — Les pouvoirs du juge sur l'étendue du litige.

461. — Si l'appel est avant tout une voie de réformation, il est également une voie d'annulation. Ce double caractère, né de la législation et d'une construction prétorienne, détermine les pouvoirs du juge sur l'étendue du litige, soit dans le sens qui lui est imposé par les parties en application du principe de l'effet dévolutif, soit dans le sens qu'il estime lui-même nécessaire, en vertu du principe de l'évocation : la question se pose de savoir si les pouvoirs ainsi conférés au juge résultent de principes généraux de procédure, de règles générales de procédure ou de principes d'un type particulier.

A. — Le principe de l'effet dévolutif de l'appel (128).

462. — En vertu de l'effet dévolutif le juge de l'appel s'empare du litige dont il est saisi par les parties et le juge de nouveau. Selon une jurisprudence constante, la juridiction du second degré est ainsi

(125) Le principe de l'autorité de la chose jugée s'opposait également à ce qu'une telle conséquence fut engendrée.

(126) Voir *infra*, pp. 302 et s.

(127) Voir *supra*, pp. 298 et s.

(128) Cf. M. Letourneur, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », Et. et doc., 1958, pp. 59-73.

« saisie de l'ensemble du litige » (129). Dans le contentieux administratif, comme en procédure civile (130), le litige est porté des premiers juges dessaisis par l'acte de l'appel au juge hiérarchiquement supérieur, saisi de toutes les questions de fait et de droit qu'il comporte. L'appel étant une manifestation de la volonté des parties, l'effet dévolutif est limité par l'acte d'appel et par les conclusions déposées en défense de telle sorte que le juge supérieur ne peut connaître que des chefs de demande qui lui sont soumis. Il importe donc de préciser les pouvoirs conférés au juge d'appel par l'effet dévolutif et de s'interroger sur la nature réelle de ce principe.

463. — 1. — *Pouvoirs conférés au juge d'appel par l'effet dévolutif.* — A l'intérieur de ce cadre, les pouvoirs du juge administratif sont plus souples que ceux du juge judiciaire. Le juge administratif est toujours libre lorsqu'il statue en vertu de l'effet dévolutif (et non de l'évocation), de statuer lui-même sur le litige qui lui est soumis ou de le renvoyer, en tout ou partie, au premier juge (131). Une telle liberté laissée au juge lui permettra d'opérer sans grande restriction, bien que la règle *tantum devolutum quantum appelatum* le lie. La saisine du juge d'appel fait naître à son profit les droits suivants :

— Il n'est pas lié par la solution des premiers juges. Confirmation et réformation, totales ou partielles, de la première décision sont toujours possibles (132).

— Il n'est pas lié par les motifs juridiques retenus par les premiers juges (133) et peut, en conséquence, donner une base juridique différente à sa décision.

Il résulte de cette règle et de l'évolution du litige dans le temps que le juge d'appel n'est pas davantage lié par le dossier au vu duquel ont statué les premiers juges.

Il ne peut cependant être « *saisi que des faits qui ont été portés devant les premiers juges* ». Il s'agit d'une *règle générale de procédure* dégagée en dehors de tout texte formel et précis par le Conseil d'Etat (134).

— La date à laquelle est réputée intervenue la décision mettant un terme au litige varie selon que le jugement est infirmé ou confirmé.

(129) C.E., 28 novembre 1956, Dame Schuhl, Rec. Lebon, p. 450. C.E., 19 mai 1961, « Secrétaire d'Etat aux finances », Rec. Lebon, p. 331.

(130) Cf. CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, pp. 472 et s., et MOTULSKY, « Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation », J.C.P., 1958.I.1423.

(131) On aurait pensé cette solution devenue impossible à la suite de la jurisprudence Dellière (C.E., sec. 23 décembre 1955, Rec. Lebon, p. 607). La jurisprudence et les auteurs (Dame Veuve Cousin, C.E., 17 décembre 1957, R.D.P., 1957, p. 336) l'envisagent comme un cas d'espèce.

(132) Nous reprenons les différentes conséquences qui résultent de la saisine du juge d'appel, telles qu'elles ont été dégagées par M. Letourneur dans son étude précitée.

(133) C.E., 6 novembre 1959, Dame Pomar, concl. Bernard, R.D.P., 1960, p. 144.

(134) C.E., 4 novembre 1935, sieur Chaumet, Rec. Lebon, p. 1013.

L'ensemble des effets de la dévolution de l'appel sont naturellement soumis au respect de la règle *tantum devolutum quantum appelatum* grâce à laquelle apparaît la volonté des parties. Au surplus, si le juge d'appel ne respecte pas l'une des quatre conséquences susindiquées, sa décision est annulable par la voie du recours en cassation parce qu'elle a été « *rendue en violation de la règle du double degré de juridiction* ». On retrouve cette formule dès la fin du siècle dernier et surtout depuis 1925. Elle reflète le souci du juge de faire du double degré de juridiction un principe général très vaste dont la mise en œuvre implique nécessairement le respect de toutes les conditions de l'appel.

464. — 2. — *Nature du principe de l'effet dévolutif de l'appel.* — Jamais n'a été posée clairement la question de la nature du principe de l'effet dévolutif de l'appel. Est-il un principe général ou une construction prétorienne ? Les différents caractères de l'effet de dévolutif permettent de lui conférer la première qualité. Le principe de l'effet dévolutif n'a pas de base législative facilement discernable mais s'applique impérativement à toutes les juridictions d'appel.

— Selon une technique propre à l'élaboration des principes généraux, le juge administratif suprême a repris l'esprit d'une législation étrangère à la procédure administrative. On a pu prétendre que l'article 464 du Code de Procédure civile (135) s'étendait aux juridictions administratives d'appel (136). Il n'est pourtant nulle trace précise de cet article dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui ne déroge pas néanmoins, à *l'esprit* du Code de Procédure en la matière.

— Aucune juridiction d'appel ne peut se défaire, sauf texte législatif contraire, de l'ensemble des règles relatives au principe de l'effet évolutif de l'appel. Si l'on interprète, *a contrario*, l'arrêt Gaston du 9 avril 1927 rendu à propos des Commissions des Bénéfices de guerre, on constate que devant toute juridiction « *doivent être observés le principe de l'effet dévolutif de l'appel* et les règles de l'évocation » (137).

L'universalité de la règle et son origine législative sont deux caractéristiques du principe général de procédure. Les autres qualités sont-elles réunies ?

465. — Si l'on s'en tient à la lettre de la jurisprudence du Conseil d'Etat, le fait qu'il n'ait jamais qualifié le principe de l'effet dévolutif

(135) Voir *supra*, 1re partie, p. 83.

(136) L'article 464, alinéa 1er stipule « qu'il ne pourra être formé en cause d'appel, aucune demande nouvelle », règle adoptée par les juridictions administratives, mais ne peut être considéré comme réglant en son entier la dévolution de l'appel. Au surplus, comme nous l'avons vu, les effets de la dévolution ne lient pas le juge administratif et judiciaire de la même façon.

(137) C.E., 9 avril 1927, sieur Gaston, Rec. Lebon, p. 484 ; de même, C.E., 31 mars 1922, Sté Russo et Cie, Rec. Lebon, p. 297.

pose une interrogation. Depuis près d'un siècle, le Conseil d'Etat s'attache à son existence mais ne le qualifie pas, alors qu'il n'a pas hésité à le faire en d'autres domaines. En règle générale, les principes généraux de procédure affirment une notion ou une institution importante, mais la règlementent rarement (138). Le principe de l'effet dévolutif ne serait alors qu'une conséquence logique du vaste principe général du double degré de juridiction (139).

Mais, il existe une antériorité importante de la reconnaissance du premier principe sur le second. L'effet dévolutif a, en outre, une importance capitale sur le déroulement de l'instance qu'il modèle autant que les principes généraux étudiés précédemment. Le Conseil d'Etat avait ébauché une première tentative en 1935 en faisant remarquer qu'aux termes d'*une règle générale de procédure* « le juge d'appel ne « peut être saisi que des faits qui ont été déjà portés devant les pre- « miers juges ». Il définissait ainsi, par ses limites, l'effet dévolutif de l'appel mais n'a pas persévéré dans cette voie en transformant la règle en principe formel. Il a préféré demeurer sur le strict plan du principe dévolutif. Le relatif silence jurisprudentiel à son égard s'explique par l'évidence et l'ampleur des pouvoirs qu'il réglemente.

On peut conclure de tous ses caractères que l'effet dévolutif de l'appel est un *principe général de procédure innomé* qui participe, en tant que tel, du principe cadre du double degré de juridiction. L'effet que provoque le droit d'évocation sur les pouvoirs du juge d'appel conduit à des réflexions identiques qui aboutissent cependant à un résultat différent.

B. — La règle de l'évocation.

466. — Si l'effet dévolutif de l'appel apparaît quand le premier juge a statué régulièrement, l'évocation joue, au contraire, quand il y a lieu d'annuler sa décision parce qu'il n'a pas statué régulièrement (140). « L'évocation est la faculté qu'a la juridiction d'appel « saisie d'un jugement avant dire-droit ou d'incompétence d'attraire « à soi toute l'affaire et de la juger à fond » (141), après avoir annulé la décision du premier juge. La juridiction d'appel peut enfin évoquer,

(138) Le double degré de juridiction présente cependant, à cet égard, une exception. La détermination des personnes capables de former appel est réglée par un principe général de procédure. Voir *supra*, p. 295.

(139) Le juge d'appel administratif, dès avant la législation révolutionnaire était lié par l'effet dévolutif, principe inhérent du double degré de juridiction.

(140) Cf. Letourneur, *op. cit.*, p. 61. Les références bibliographiques données pour l'effet dévolutif valent également pour la règle de l'évocation. Voir au surplus, R. Drago, « L'évocation dans la procédure administrative », R.D.P., 1957, pp. 453-473.

(141) Desforges, *op. cit.*, p. 44. Sur les jugements qui peuvent être évoqués, voir Auby et Drago, *op. cit.*, n°s 1359-1365.

en vertu de la jurisprudence Dellière (142), les jugements annulés pour vice de forme. En dehors de ces cas limitatifs, l'effet dévolutif est le seul à pouvoir être appliqué; il constitue la règle des pouvoirs du juge d'appel, tandis que l'évocation est plus que jamais une exception.

L'évocation en droit administratif n'a aucun fondement législatif et l'article 473 du Code de Procédure civile qu'il l'a modelée en droit judiciaire est inapplicable par lui-même devant les juridictions administratives d'appel (143). Cela provient de la compétence traditionnelle du Conseil d'Etat, qui fut pendant longtemps avant tout juge en premier et dernier ressort et juge de cassation. Lorsque les conditions de l'évocation sont remplies, le juge d'appel a un droit discrétionnaire d'évoquer l'affaire. Le Conseil d'Etat s'est reconnu depuis son origine cette faculté qu'il a étendu par la suite, aux différentes juridictions d'appel. De cette position historique découlent deux conséquences : la règle de l'évocation n'est pas une véritable atteinte au principe du double degré de juridiction et ne constitue pas un principe général de procédure.

467. — 1. — *L'évocation et le principe du double degré de juridiction.* — L'évocation n'est pas une atteinte au double degré de juridiction, elle le supprime dans les circonstances qui viennent d'être envisagées. Lorsque le juge d'appel évoque une affaire, il n'y a plus double degré de juridiction non pas du fait de l'action du juge, mais parce que le jugement de première instance est considéré comme inexistant. Le juge agit alors davantage en protecteur de la légalité que comme juge hiérarchique. Si l'on peut contester au plan juridique l'inexistence du jugement évoqué il faut alors admettre que l'évocation opère une restitution *in integrum* comparable au recours pour excès de pouvoir (144) ; les « parties » se retrouvent dans la position qui était la leur avant la décision viciée. Quelle que soit l'explication retenue, le jugement évoqué est nul ou inexistant, ce qui revient à dire que le double degré de juridiction ne joue pas dans cette hypothèse.

(142) Le Commissaire du gouvernement Laurent a cependant laissé entrevoir des influences de l'article 473 du Code de Procédure civile sur le contentieux administratif et montré l'inapplicabilité dans le contentieux administratif de la loi de 1942 sur l'appel, C.E., 17 juin 1955, « Ministre de l'Industrie et du Commerce », A.J.D.A., 1955.J.288. Note Copper-Royer, Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1358. Le juge administratif n'a pas suivi à la lettre la réforme de l'appel du 23 mai 1942 en ce qu'elle modifiait l'évocation (voir note Copper-Royer, précitée).

(143) C.E. sec., 3 décembre 1955, Rec. p. 607. En dehors des cas où il y a annulation pour vice de forme ou de procédure et pour vice d'incompétence, le juge d'appel n'a pas la faculté d'évoquer, C.E., 16 décembre 1955, dame Bourobka, Rec. p. 590 ; C.E., 1er juin 1956, ville de Nîmes c. Pabion, Rec. p. 217.

(144) C'est l'opinion de M. Drago, *op. cit.*, p. 464. En faveur de l'inexistence, note Braibant, sous C.E., 26 novembre 1954, van Perborgh, A.J. 1954.II.486 et le commissaire Lasry dans ses conclusions sur l'arrêt Dellière (citées par Auby et Drago, note , p. 426).

Comment expliquer que le juge puisse empêcher le principe de l'appel de produire ses effets normaux ? L'évocation est une prérogative qui appartient prétoriennement à tout juge d'appel (145) et constitue une exception à la compétence liée qu'il tient du principe de l'effet dévolutif. L'évocation n'a que des rapports médiats et lointains avec le principe du double degré de juridiction. Les deux notions (le principe général et la construction juridictionnelle) se sont développés indépendamment. Ceci explique que l'évocation ne puisse être considérée *ni comme une limite ni comme une atteinte aux principes de l'appel.*

468. — 2. — *L'évocation n'est pas un principe général de procédure.* — L'on comprendrait aisément que l'évocation empêchât l'application des principes généraux de l'appel si elle constituait elle-même un principe général de procédure. Elle n'est pourtant qu'une création prétorienne (146). Le Conseil d'Etat en a fixé progressivement les contours (147) et lui a donné son visage définitif par l'arrêt Dellière (148).

— Dans le contentieux administratif, le juge d'appel n'a jamais obligation d'évoquer et demeure ainsi libre dans le contrôle de la juridiction inférieure, latitude indispensable au Conseil d'Etat depuis qu'il est devenu un juge général d'appel. Cette liberté est contraire au caractère normatif des principes généraux de procédure. L'évocation est plus une commodité que s'est octroyé le juge d'appel qu'une règle qui s'est imposée à lui. Le principe de l'effet dévolutif contraint le juge du second degré à agir et le droit d'évoquer n'est qu'une exception à cette contrainte.

— L'évocation est différente des principes généraux sur un second point : elle ne permet pas l'application d'un texte mais s'est développée en dehors de toute règle précise. Elle n'a jamais permis l'application, implicite ou explicite de l'article 453 du Code de Procédure civile, avant ou après la réforme de l'appel judiciaire réalisée par la loi du 23 mai 1942.

L'évocation est donc une simple règle prétorienne qui permet au juge d'appel de modifier les pouvoirs qui lui sont normalement conférés par l'effet dévolutif lorsque le jugement de première instance a été annulé pour des motifs de légalité interne.

(145) C.E., 31 mars 1922, « Sté Russo et Cie », Rec., p. 297 ; C.E., 9 avril 1927, sieur Gaston, Rec. p. 484 ; et Dellière, précité, pour le Conseil de l'Ordre des pharmaciens.

(146) Sur les caractères de la construction jurisprudentielle, voir *supra*, 1re partie, pp. 180 et s.

(147) Dans l'article précité, M. Drago mentionne une décision de 1832, de Villette et commune de Chissay, Rec. pp. 524-526.

(148) C.E. sec., 23 décembre 1955, Rec. p. 607.

Sous-Seccion III

LE PRINCIPE DE L'EFFET NON SUSPENSIF DE L'APPEL

469. — Depuis le décret du 22 juillet 1806, les appels portés devant le Conseil d'Etat n'ont pas d'effet suspensif sur la décision critiquée. La partie triomphante peut exiger, mais à ses risques et périls (149), l'application immédiate et intégrale de la décision attaquée. L'effet non suspensif a une portée générale dans le contentieux administratif (150). La règle posée pour le Conseil d'Etat, qui est applicable à toutes les juridictions administratives d'appel, trouve une double justification dans la nature même du droit administratif.

— En premier lieu, les raisons qui ont fait que tout acte administratif est exécutoire se retrouvent au plan contentieux. Dans les deux cas, ces raisons impliquent que ni l'acte, ni le jugement n'aient d'effet suspensif.

— La seconde justification a été mise en relief par M. Feuer et vaut surtout pour les appels en matière d'excès de pouvoir. L'appel y est plus un véritable recours contentieux qu'une simple voie de réformation. Aucun des recours formés devant la juridiction administrative n'ayant, sauf exceptions, d'effet suspensif, il serait anormal que l'appel dérogeât à cette règle (151).

470. — Comme l'effet dévolutif, et grâce à la base législative qu'il a pour les appels portés devant le Conseil d'Etat (art. 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945), l'effet non suspensif est un principe général de procédure.

Dans une intéressante affaire Thoreau (152) le Conseil d'Etat a montré, d'une part, que les règles du Code de Procédure étaient sans influence sur le droit public et, d'autre part, que l'effet non suspensif s'imposait en dehors de tout texte précis à l'ensemble des juridictions

(149) C.E., 27 février 1903, Olivier et Zimmerman, note Hauriou, S. 1905.III.17.

(150) Art. 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 : « Sauf dispositions législatives spéciales, la requête du Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif... » Le contentieux administratif ne connaît pas pour les jugements avant dire-droit de situation comparable à celle créée par l'article 457 du Code de Procédure civile.

(151) L'exception principale est acquise (pour tous les recours juridictionnels) par le sursis à exécution : décret du 30 juillet 1963, art. 54 (art. 48 ancien de l'ordonnance du 31 juillet 1945). Voir Gazier et Long, « Les demandes de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1954.II, p. 8. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 872.

Les ordonnances de référé prises par le Président du tribunal administratif (art. 24 de la loi du 22 juillet 1889), le constat d'urgence (décret du 10 avril 1959) le référé fiscal (art. 97, al. 7 de la loi du 28 décembre 1959) obéissent au même régime que le sursis à exécution. L'acte d'appel devant le Conseil d'Etat et devant le Tribunal administratif.

(152) C.E. sec., 25 octobre 1929, Thoreau, Rec. Lebon, p. 932.

d'appel. A la question de savoir si l'acte d'appel suspendait l'exécution des jugements du Tribunal départemental des pensions, le Conseil d'Etat a répondu qu'aucune disposition de la loi du 31 mars 1919 sur les pensions « dérogeant au *principe en vigueur devant les juridictions « administratives, ne donne à l'appel formé contre les jugements des « tribunaux départementaux un effet suspensif* ».

Le non-respect de ce principe général de procédure serait considéré comme une atteinte à celui du double degré de juridiction. La règle est intangible (153) et sa force doit être celle de tous les principes généraux de procédure.

471. — *Conclusion du chapitre :* L'appel est modelé par un certain nombre de principes généraux de procédure d'ampleur et d'importance variables.

— Le plus éminent d'entre eux a créé un véritable droit d'appel pour toute partie en cause à un jugement rendu en premier ressort. En vertu de la jurisprudence Vernon, le double degré de juridiction existe tant qu'une législation expresse ne le supprime pas. Son caractère d'ordre public interdit à toute partie d'y renoncer de façon préventive.

— D'autres principes généraux régissent les modalités d'application de l'appel et renforcent le principe précédent. Ils sont relatifs à la qualité de l'appelant, aux pouvoirs du juge, et à l'effet de l'acte d'appel.

Le principe du double degré de juridiction a transformé la nature de l'appel qui n'était à l'origine u'une simple voie de recours. Il est devenu une action juridictionnelle complexe sans pour autant perdre son caractère secondaire de voie de recours.

(153) Le principe connaît une exception pour certains appels portés devant le Conseil d'Etat. Précisant la législation antérieure, l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 dispose, en effet, que les sous-sections réunies, la section ou l'Assemblée du contentieux ont la faculté de surseoir à l'application de la décision frappée d'appel. Cette restriction ne porte pas atteinte au principe général. Elle ne vaut que pour le Conseil d'Etat dans ses rapports avec les tribunaux administratifs et demeure certainement sans valeur pour les autres juridictions administratives. Voir cependant l'article 97, alinéa 7 de la loi du 28 décembre 1959, en matière de référé fiscal.

CHAPITRE II

Les principes généraux du recours en cassation.

472. — Le Conseil d'Etat connaît des recours en cassation dirigés contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort (art. 32 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945). Ce sont des recours en annulation fondés sur la violation de la règle de droit par la juridiction dont la décision est déférée au Conseil d'Etat, celui-ci ne statuant que comme juge de droit (1).

Le recours en cassation s'est développé depuis son origine dans une atmosphère très favorable aux principes généraux de procédure et a accédé à la qualité de principe expressément formulé par l'arrêt d'Aillières le 7 février 1947 (2), précédant en cela de trois ans le principe du recours pour excès de pouvoir (3).

L'existence du recours en cassation comme principe général conduit à une double interrogation préalable, l'une au plan doctrinal, l'autre au plan pratique.

473. — 1. — *Quel est le fondement du principe du recours en cassation ?* Selon la réponse donnée, le recours en cassation apparaît, soit comme une branche du recours pour excès de pouvoir, soit comme

(1) Sur l'ensemble de la question, voir : De Font-Reaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Thèse, Poitiers 1930 ; Jacquemart, « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Thèse, Lille 1956 ; Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français », Thèse, Ed. Sirey, 1958 ; R. J. Dupuy, « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », R.D.P. 1950, pp. 505-544 ; Auby et Drago, *op. cit.*, n°s 1376-1416.

(2) C.E. Ass., 7 février 1947, concl. Odent, note Waline, R.D.P. 1947, pp. 68 et s., note Morange, J.C.P., 1947.II.3508, G.A.J.A., Ed. 1965, p. 289.

(3) C.E., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte, précité, Rec. p. 110.

un recours propre. C'est le problème du nonisme ou du dualisme du contentieux de l'annulation (4).

Il est certain que tout comme le principe du recours pour excès de pouvoir, celui du recours en cassation a pour base le principe de la légalité (5). Le principe de la légalité est un *principe-cadre* d'une structure complexe dont chaque élément est autonome. Son objet général est d'assurer la conformité des règles de droit aux normes supérieures. L'origine et la longue évolution communes des deux recours rendent cette explication tentante. Ce fondement commun ne milite-t-il pas en faveur de l'unité des deux contentieux puisque l'un et l'autre auraient pour fin la conformité de l'acte (administratif ou juridictionnel) à la loi ? Malgré le caractère unificateur des principes généraux trois arguments empêchent d'adhérer à cette thèse séduisante (6) :

En premier lieu, l'acte juridictionnel demeure fondamentalement différent de l'acte administratif ; la nature du contrôle exercé par le juge sur ces actes sera en conséquence dissemblable (7). En second lieu, le cercle des intéressés admis à défendre la légalité est beaucoup plus large dans le recours pour excès de pouvoir que dans le recours en cassation « réservé suivant les principes généraux du droit, aux « personnes qui ont la qualité de partie dans l'instance ayant donné « lieu à la décision attaquée » (8). Enfin, les principes généraux ont fait que les deux recours se sont développés dans des cadres différents de la procédure : le droit à l'action est mis en œuvre par le recours pour excès de pouvoir et l'instance est garantie par le recours en cassation. Les principes généraux tout en rapprochant les deux recours, ont sauvegardé leur autonomie.

474. — 2. — *La nécessité du principe du recours en cassation se faisait-elle sentir ?* La différenciation et le nombre croissant des juridictions spéciales risquaient de mettre un terme à l'unité du droit. Régulateur traditionnel du droit et de la procédure administrative, le Conseil d'Etat ne pouvait laisser s'ériger ses droits autonomes dotés d'ordres juridictionnels propres. Seul un moyen de contrôle autoritaire et efficace du Conseil d'Etat que permit la généralisation de la cas-

(4) Voir R. J. Dupuy, *op. cit.*, pp. 504-510.

(5) Voir *supra.* Le principe du recours pour excès de pouvoir, pp. 220 et s., 1re partie, p. 96, voir également Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de la légalité », Et. et Doc., 1957, pp. 25 et s.

(6) Elle a été soutenue par Carré de Malberg, *in* « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. 1, pp. 768 et 777.

(7) Voir en ce sens, Mabileau, « De la distinction des actes de l'administration et des actes d'administration juridictionnelle », Thèse 1943 ; Chaumont, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », R.D.P. 1942, p. 93 ; Dupuy, *op. cit.*, pp. 535 et s. ; *contra* Liet-Veaux (note précitée, S. 1947.3.49) : « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat est un recours pour excès de pouvoir ».

(8) C.E., 30 juillet 1949, Faucon, Rec. p. 342.

sation par les principes généraux de procédure pouvait pallier ce danger (9).

475. — Les deux contentieux de l'annulation sont ordonnés à une fin unique : soumettre les actes — administratifs ou juridictionnels — à la légalité. Pour ce faire, à chaque contentieux répond une procédure désormais originale. Le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir doivent donc être dissociés bien qu'ils ressortissent pourtant l'un et l'autre du contentieux de l'annulation ; mais ce faisant, nous nous conformons à la réalité législative et jurisprudentielle contemporaine (10), sans nier pour autant les rapports organiques qui ont existé historiquement entre les deux recours. Comme le recours pour excès de pouvoir, le recours en cassation a été un principe général innomé avant l'arrêt d'Aillières (Section I) qui l'a consacré formellement (Section II). Les règles non écrites ont également réglé les conflits qui ont pu s'élever entre le recours en cassation et les autres voies de recours (Section III).

Section I

LE RECOURS EN CASSATION, PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE INNOME AVANT L'ARRET D'AILLIERES

476. — La deuxième guerre mondiale provoqua en France un si profond ébranlement de l'état de droit que ses garants, tel le Conseil d'Etat, voulurent le restaurer dès la fin des hostilités, notamment par la consécration formelle de certains principes généraux. Or, ceux-ci existaient souvent auparavant ; ils avaient été ébauchés et reconnus implicitement depuis fort longtemps. C'était le cas du recours en cassation considéré depuis le XIX^e^ siècle comme un recours de droit

(9) Le risque n'était pas vain. M. Odent dans ses conclusions précitées sur l'arrêt d'Aillières (*loc. cit.*, p. 85) voyait dans les jurys d'honneur la réapparition d'un ordre indépendant, « *l'ordre juridictionnel politique* » et entrevoyait le développement d'un ordre juridictionnel *social*.

(10) Ordonnance du 31 juillet 1945 et décrets du 30 septembre et 28 novembre 1953. M. Waline écrivait sous l'arrêt « Banque Alsacienne privée » (C.E., 5 mars 1954) : « Les deux recours sont désormais aux yeux du Conseil d'Etat deux voies de recours absolument distinctes », *in* R.D.P. 1954, p. 805. M. Peiser termine son analyse historique du recours en cassation par la « dualité du contentieux de l'annulation » et « de l'affermissement de la distinction des contentieux », *in* « Le recours en cassation en Droit administratif français », Ed. Sirey 1958, 516 pages. Voir également Dupuy, *op. cit.*, notamment, p. 533. « Pour l'instant, en dépit des apparences, la technique juridique toujours sous-jacente, n'en continue pas moins à régenter le droit positif et les deux branches du contentieux de l'annulation conservent encore intacts leurs caractères propres. »

commun (11) au même titre que le recours pour excès de pouvoir avec lequel il fut partiellement confondu jusqu'à ce que Lafferrière (en 1886) mît l'accent sur ses caractères intrinsèques. C'est la raison pour laquelle la forme ancienne du principe du recours en cassation ne doit retenir l'attention que par ses éléments originaux.

La base législative du recours en cassation et le caractère de principe que lui reconnurent la doctrine, puis la jurisprudence, pourront être envisagés successivement.

§ 1. — La base législative du recours en cassation.

477. — Jusqu'en 1945, la base législative du recours en cassation était la même que celle du recours pour excès de pouvoir (Loi des 7-14 octobre 1790, loi du 24 mai 1872) bien que leur originalité respective fût affirmée depuis longtemps. Cette identité de sources aura pour conséquence non seulement d'accréditer la thèse de la confusion des deux recours, mais aussi de faire conclure à un support législatif faible, sinon inexistant du recours en cassation.

C'est pourtant la généralité des textes (et non leur inexistence) qui a permis l'application du recours en cassation en tant que principe. On ne peut, en aucun cas, parler de fausse application de la loi des 7-14 octobre 1790 ni affirmer que le recours en cassation n'eut de support législatif avant 1872.

A. — La fausse application de la loi du 7-14 octobre 1790 au recours en cassation ?

478. — La loi du 7-14 octobre 1790 pouvait-elle être appliquée au recours en cassation ? Il est permis d'en douter au premier abord. A supposer que la législation de 1790 envisageât le recours en cassation, on peut se demander en effet pourquoi le texte est resté lettre morte pendant quarante ans. Mais accepter cette argumentation équivaudrait à renoncer au caractère de principe du recours en cassation, une règle non écrite ne s'appliquant qu'en vertu d'un texte préexistant (12).

(11) Voir M. Dupuy, *op. cit.*, pp. 505-512 et M. Peiser, *op. cit.*, pp. 46-67. L'historique du recours pour excès de pouvoir peut être pris en considération (voir *supra*, pp. 18 et s.). Notons cependant, que nous n'assimilons pas, même historiquement, ces deux recours et ne considérons pas que le recours en cassation découle directement du recours pour excès de pouvoir. En effet, dès le règlement du 28 juin 1738, les affaires administratives sont portées *pour cassation* devant le Conseil des dépêches (et non devant le Conseil des parties compétent en matière civile et criminelle). En 1818, Macarel écrit à propos du Conseil d'Etat : « Des lois l'ont établi *juge de cassation* et l'ont ainsi chargé de venger les lois des atteintes qui leur sont données par des jugements administratifs », *in* « Eléments de jurisprudence administrative », T. 3, p. 40. La parenté étroite des deux recours fut d'une durée relativement courte : un demi-siècle environ.

(12) Voir *supra*, 1re partie, pp. 69 et s.

La longue ignorance du texte des 7-14 octobre 1790 provenait probablement de son inapplicabilité apparente au recours en cassation puisqu'il prévoyait que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portés au roi, chef de l'administration » (13). Les deux éléments indispensables pour qu'il y eut un réel recours en cassation faisaient défaut : le roi était une instance non juridictionnelle aux termes même de la Constitution du 3 septembre 1791 et « les corps administratifs » ne paraissaient pas avoir de fonctions contentieuses (14). Mais la transformation progressive du Conseil en organisme contentieux et la juridictionnalisation croissante des actes de certains organes administratifs impliqueront rapidement un contrôle du type recours en cassation que permettra tout naturellement la loi des 7-14 octobre 1790. Cela ne signifie pas qu'aucun recours en cassation ne fût possible auparavant, mais que lorsqu'il existait il était prévu par des textes particuliers. La loi du 16 septembre 1807 portant organisation de la Cour des Comptes en fournit un exemple (15).

Lorsqu'elle sera « redécouverte » (16), la loi de 1790 constituera une base législative certaine du recours en cassation qui à cette époque est déjà un principe général qui trouve sa source dans l'*application d'une législation générale* (contentieux de l'annulation) *à un domaine plus particulier* (recours en cassation).

B. — L'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

479. — Le législateur, insensible aux appels de la doctrine et du Conseil d'Etat, qui commençaient à différencier nettement le recours en cassation du recours pour excès de pouvoir (17) n'estime pas utile de dissocier les deux recours dans le texte du 24 mai 1872. « Le Conseil « d'Etat statue souverainement... sur les demandes *en annulation pour « excès de pouvoirs* formés contre les actes des diverses autorités « administratives ». Si le recours en cassation trouve un nouveau support législatif dans le texte de 1872, il n'en perd pas pour autant son caractère essentiel de principe général de procédure. En effet de nombreuses « autorités administratives » ont développé leur activité

(13) Cf. Rec. Duvergier, I, p. 448 et *infra*, pp. 317 et s.

(14) Le Conseil d'Etat n'acquit de compétence « contentieuse » qu'avec les décrets du 11 et 22 juillet 1806.

(15) L'article 17 de la loi du 16 septembre 1807 dispose que les décisions de la Cour des comptes sont susceptibles d'un recours devant le Conseil d'Etat « pour violation des formes et de la loi ». Voir P. de Mirimonde, « La Cour des comptes », 1947 ; et Encyclopédie Dalloz, M. Goerge, Droit administratif, voir « Cour des comptes », T. I, pp. 570 et s.

(16) Voir *infra*, p. 317. A la même époque, le Conseil d'Etat est devenu un réel organisme juridictionnel dont les compétences « contentieuses » sont élargies au contentieux de la légalité. Voir le « Rapport au Roi » du Garde des Sceaux, M. Persil (30 mars 1835) *in* Duvergier, 1835, p. 471.

(17) Voir références, *infra*, pp. 317 et s.

contentieuse depuis le début du XIX^e siècle, tandis que d'autres ont été créées et rendent des décisions juridictionnelles en dernier ressort (18). Par sa généralité, la loi de 1872, s'applique aux décisions rendues par tous ces organismes sans qu'il soit besoin d'invoquer des textes plus précis.

C. — L'article 32 de l'ordonnance du 3 juillet 1945.

480. — La rigueur de l'ordonnance du 31 juillet 1945 précipitera une évolution déjà favorable au principe. Le Conseil d'Etat « connaît « des recours en cassation contre les décisions des juridictions admi- « nistratives rendues en dernier ressort » (19). La réaction jurisprudentielle sera d'autant plus vigoureuse que ce texte constitue un carcan qui enserre le recours en cassation dans des limites étroites qui ne pourront être franchies que par une reconnaissance non équivoque du principe général de procédure selon lequel, comme l'avait depuis fort longtemps envisagé la doctrine, le recours en cassation est un recours de droit commun.

§ 2. — L'interprétation doctrinale du recours en cassation.

481. — Tout au long de cette période, la doctrine a vu dans le recours en cassation, même lorsque ce qualificatif ne lui était pas encore reconnu formellement, *plus un principe non écrit que l'application d'une législation particulière.*

Le Conseil d'Etat connaît en cassation des « affaires contentieuses « de l'administration qui permettent des débats contradictoires et « revêtissent un peu l'appareil des formes judiciaires » écrit dès 1840 de Cormenin (20), c'est-à-dire que toutes les affaires qui présentent un caractère juridictionnel (c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'expression « formes judiciaires ») peuvent être soumises par voie de cassation au Conseil d'Etat. N'est-ce pas là l'expression d'un principe général ? C'est plus le caractère juridictionnel de l'acte que les dispositions législatives qui donnent naissance à la voie du recours ouverte contre certains actes. Cormenin cite cependant un certain nombre de textes qui prévoiraient un contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions de quelques organismes juridictionnels, mais il omet d'inclure la loi des 7-14 octobre 1790. Ce n'est pas un oubli mais la simple croyance, tenace, de l'inapplicabilité du texte à la

(18) Aucoc dans ses « Conférences » considérait que les « autorités administratives » englobaient à la fois « les agents de l'administration, les Conseils lorsqu'ils ont un pouvoir de juridiction propre et les juridictions elles-mêmes », T. I, p. 523. Cf. également le même auteur, « Conférence sur le droit administratif », 1878, T. I, pp. 591-592.

(19) Art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

(20) Droit administratif, T. I, p. 206.

matière qui conduit l'auteur à voir dans le recours en cassation une matière dénuée de base législative certaine (21).

Aucoc pressent encore davantage l'existence du principe général et remarque que « le Conseil fait comme la Cour de cassation, c'est-« à-dire qu'il se borne à annuler les actes irréguliers sans rien mettre « à la place... contre les décisions des autres juridictions adminis-« tratives qui statuent en dernier ressort. Il n'est pas nécessaire que « ce pourvoi ait été réservé, il suffit qu'il n'ait pas été formellement « exclu » (22). Toutes les caractéristiques du principe général de procédure sont contenues dans cette affirmation dont la formulation est bien proche de celle employée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt d'Aillières (C.E. 7 février 1947) : la généralité de la règle, son application sans texte précis, son exclusion par un texte formel.

L'opinion de Laferrière mérite d'être citée parce qu'elle est déterminante pour l'évolution de principes généraux. « *Un texte n'est... pas* « *nécessaire pour autoriser le recours en cassation devant le Conseil* « *d'Etat, il en faudrait un pour l'interdire et encore cette interdic-* « *tion devrait-elle être prononcée en termes fermes et explicites* » (23). Laferrière devance de cinquante ans le Conseil d'Etat en montrant le rôle des textes dans l'application des principes généraux (24). Son opinion est indiscutablement la plus nette que la doctrine classique ait émise, mais elle n'est pas isolée. La prise de conscience du phénomène par les auteurs est, en effet, générale.

Hauriou considère le recours en cassation comme général et l'éminent auteur note que toutes les juridictions administratives telles que « les commissions éphémères chargées d'un contentieux spécial » (25) sont soumises par la voie du recours en cassation au Conseil d'Etat. Appleton, dans son « traité élémentaire du contentieux administratif » (26), formule la même idée que Laferrière. Plus récemment, Font-Réaulx invoque l'existence du même principe, mais note que la jurisprudence l'a assorti longtemps d'une exception relative aux conseils généraux (27).

Dans son ensemble la doctrine classique, suivant les intuitions d'Aucoc et de Laferrière, considère le recours en cassation comme un

(21) La jurisprudence avait devancé la doctrine sur ce point, voir *infra*, pp. 317 et s.

(22) *Op. cit.*, T. I, p. 592.

(23) Laferrière, « Traité de la juridiction administrative », 2e éd., 1896, p. 12, voir *supra*, 1re partie, p. 30.

(24) Voir *supra*, 1re partie, pp. 124-177 et *infra*, pp. 324 et s., les développements consacrés à l'arrêt d'Aillières du 7 février 1947, Rec. p. 30.

(25) Droit administratif, Libr. Sirey, 6e éd., p. 823.

(26) Librairie Dalloz, 1927, p. 525.

(27) De Font-Reaulx, *op. cit.*, p. 128. L'auteur met cependant en doute le caractère juridictionnel de ces assemblées même lorsqu'elles connaissent du contentieux électoral. La jurisprudence ne connaissait pas les mêmes hésitations. C.E., 4 juillet 1872, Elections de Callecuia, Rec. Lebon, p. 399.

véritable principe général de procédure bien avant que se prononce clairement la jurisprudence.

§ 3. — La position jurisprudentielle.

482. — Dès le début du XIX[e] siècle, le Conseil d'Etat accepte de connaître des recours en cassation (28) contre des décisions « *définitives* » rendues par des organismes qui seraient considérés aujourd'hui comme juridictionnels. Bien que, pendant quelques années, aucune base législative ne soit donnée à la compétence que se reconnaît le Conseil d'Etat (29), il recherche opiniâtrement et efficacement des textes qui la fonderaient. L'évolution jurisprudentielle comporte plusieurs phases : En un premier temps, le Conseil d'Etat fait reposer sa compétence sur des textes spéciaux, puis, lors d'une seconde phase, il découvre un texte général, la loi des 7-14 octobre 1790.

A. — L'application du principe en vertu des textes spéciaux : l'arrêt Brière.

483. — L'arrêt Brière (30) dont le retentissement fut grand pendant tout le XIX[e] siècle fut accueilli comme un arrêt de principe (31). L'article 13 de la loi du 10 mars 1818 déclarait que les décisions rendues par les jurys de révision, organes juridictionnels, étaient définitives. Un pourvoi fut intenté contre une décision de cette juridiction au motif que le jury était revenu sur l'une de ses décisions quinze jours après l'avoir prise. Le Conseil d'Etat se déclare alors compétent pour connaître de l'affaire et annule la décision pour « excès de pouvoir ». Il ne cite expressément aucun texte à l'appui de la solution donnée, mais se contente de raisonner par analogie avec la Cour des Comptes, autre juridiction spéciale, dont les décisions en vertu de la loi du 16 septembre 1807 (32) peuvent être censurées par le Conseil d'Etat (33). La jurisprudence inaugurée par cet arrêt est étonnante et constitue la preuve de la hardiesse du juge administratif. Sans aucun support législatif précis, tant en ce qui concerne le caractère des décisions du jury que l'organisation d'un recours devant le Conseil d'Etat, celui-ci s'affirme juge de cassation. Le caractère pro-

(28) Cf. PEISER, « Le recours en cassation en droit administratif français », Thèse, Lib. Sirey, 1958, pp. 28-47.

(29) Voir *supra*, p. 115 et C.E., 28 mars 1807, Dupuy-Briance (Rec. L. 75), 22 janvier 1808, Hours (Rec. L. p. 113).

(30) 21 janvier 1829, Rec. L. p. 443.

(31) P. de FONT-REAULX, *op. cit.*, pp. 64-66.

(32) Art. 17, § 2, voir *supra*, p. 313.

(33) En revanche quand le Conseil d'Etat ne découvre pas de texte qui directement ou indirectement fonde sa compétence, C.E. Ferlus, 4 août 1824, Rec. L. p. 261.

phétique de cet arrêt ouvre la voie à une jurisprudence tout aussi hardie mais plus solide.

B. — L'application du Principe en vertu d'un texte général : « L'arrêt Garde Nationale de Paris (34). »

484. — Le Conseil d'Etat abandonne sa position antérieure par souci de donner une base légale plus sûre à des décisions. C'est pourquoi il fera appel dans ses arrêts suivants à la loi des 7-14 octobre 1790. Ce sont encore des jurys de révision, ceux de la Garde Nationale de Paris, qui donneront au Conseil d'Etat l'occasion d'affermir sa jurisprudence. La loi du 22 mars 1831 qui les instituait prévoyait qu'ils statuaient « *sans recours* », situation analogue à celle qu'eut à régler 115 ans après le même Conseil dans l'affaire d'Aillières. Malgré la disposition restrictive de la loi de 1831, le Conseil d'Etat se déclara compétent en donnant une interprétation originale de la législation de 1790 qui subit ainsi des adaptations que n'auraient pu prévoir entièrement ses auteurs révolutionnaires (35). La loi de 1790 disposait que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, « ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées « au roi, chef de l'Administration générale » (36). Sur la base de ce texte et malgré que la loi de 1831 prévît que le jury statuait « sans recours », le Conseil d'Etat effectua un contrôle de cassation.

485. — *Que signifie l'arrêt « Garde Nationale de Paris » au regard du principe général du recours en cassation ?*

— En premier lieu, un principe général ne peut être appliqué qu'en vertu d'un texte, dût-il être déformé. L'arrêt « Garde Nationale » est une illustration parfaite du raisonnement par analogie du juge administratif. Parce qu'elle permettait l'annulation d'actes illégaux émanant de certaines autorités administratives, la loi des 7-14 octobre 1790 pouvait permettre l'annulation d'actes viciés des mêmes illégalités, émanant d'autorités administratives nouvelles, les autorités juridictionnelles. Pour subtil que fût ce raisonnement, il était le seul apte *à combler la marge d'indétermination* qui existait entre le texte (la loi de 1790) et les espèces soumises au juge (annulation des décisions juridictionnelles) (37).

(34) C.E., 28 décembre 1832, Rec. p. 82.

(35) Le texte dont nous avons déjà fait analyser à l'occasion du recours pour excès de pouvoir (voir *supra*, p. 211) réglait, à l'occasion d'un litige opposant la commune de Gray et le département de la Haute-Saône, la « compétence des corps administratifs en matière de grande voirie » (Duvergier, « Collection des lois », T. I, p. 448).

(36) Voir *supra*. A la suite de la chute de la Monarchie, et des péripéties révolutionnaires, le Conseil d'Etat se substitue au roi et vit développer ses compétences contentieuses par le décret de 1806.

(37) Aucun auteur n'avait songé à lui (la loi des 7-14 octobre 1790) avant 1832. De Font-Reaulx doutait de l'applicabilité de ce texte, *op. cit.*, p. 68. L'auteur

— Un texte législatif n'empêche pas nécessairement l'application du principe du recours en cassation (38).

Pourquoi le Conseil d'Etat a-t-il invoqué la loi de 1790 en 1832 ? Il pensait que, pour devenir une véritable cour administrative suprême, la jurisprudence Brière devait être confirmée (39), mais que la base juridique de sa compétence devait être davantage affirmée.

Ce sont les raisons pour lequelles le Conseil d'Etat déclara recevable le recours de la « Garde Nationale de Paris » contre les décisions du jury de révision en mentionnant dans les visas de sa décision la loi des 7-14 octobre 1790, tirée de l'oubli pour donner au recours pour incompétence et excès de pouvoir déjà existants une base légale (40).

C. — La destinée de la jurisprudence « Garde Nationale de Paris ».

486. — La jurisprudence postérieure ne renie en rien l'arrêt de 1832 et déclare recevable tout recours en cassation contre les décisions de l'ensemble des juridictions statuant en dernier ressort, même si un texte prévoit que les décisions prises par ces organismes ne sont susceptibles d'aucun recours. C'était le cas notamment de la commission de classement de 1889 (41) instituée pour dresser la liste des candidats aux emplois réservés. Son article 24 prévoit un pouvoir discrétionnaire de la Commission dans l'établissement des listes et exclut tout recours contentieux. A cela, le Conseil d'Etat répond pour ne pas heurter de face la volonté du législateur. « Si la loi n'a pas ouvert de recours « contre le classement opéré par la commission, le requérant est « fondé à soutenir qu'en refusant, par une fausse interprétation de « la loi, de l'admettre au classement, elle a porté atteinte au droit

ajoute que le juriste de Gérondo avait proposé avant l'arrêt Garde Nationale de Paris, d'invoquer la loi des 27 avril, 25 mai 1791 comme base législative au recours de cassation. Aux termes de cette loi, le Conseil d'Etat composé de ministres à compétence « connaît des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers de l'Administration » (art. 17, 2°). Sur le raisonnement par analogie du Conseil d'Etat, voir *supra*, 1re partie, pp. 68 et s.

(38) Voir *supra*, 1re partie, et *infra*, pp. 324 et s.

(39) Voir *supra*, p. 312.

(40) M. Peiser conclut qu'à cette époque il n'y avait recours que lorsque les décisions des juridictions n'étaient pas définitives (*op. cit.*, p. 45). Il ne tient pas suffisamment compte de l'arrêt rendu dans l'affaire de la Garde Nationale de Paris. Le recours en cassation administratif est comparable au recours judiciaire. En ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, l'influence judiciaire a été déterminante dans les formations des principes généraux de procédure. C'est que notait le député Girod de l'Ain, lors d'une discussion sur les recours contre les décisions des jurys de révision de province en 1837, « Le Conseil d'Etat, pas plus que la Cour de cassation, n'a à juger le fait », M. Peiser (*op. cit.*, p. 19), écrit, commentant les décisions de cette époque : « N'a-t-on pas l'impression d'être en plein contentieux judiciaire ? » De toute façon, le modèle de la jurisprudence judiciaire est prédominant.

(41) Loi du 18 mars 1889.

« qu'il tient... » de cette loi même, de la loi de 1790 et de la loi du 24 mai 1872, d'intenter un recours en cassation (42).

Ce genre d'interprétation restrictif du texte dérogatoire au principe n'est pas rare. Des solutions identiques avaient été adoptées tant en ce qui concerne les Conseils supérieurs de l'instruction publique (43) que les Commissions arbitrales pour le rachat des concessions de chemin de fer (44).

487. — *Conclusion de la section :* Cette longue période qui va de la naissance du droit administratif moderne à la reconnaissance formelle du principe du recours en cassation étonne par l'homogénéité assez grande de la doctrine et de la jurisprudence :

— Les textes ont un rôle à la fois fondamental et dérisoire : Recherche systématique d'un texte général autorisant le recours, mais interprétation restrictive de tout texte contraire à l'applicaion du recours en cassation. Une partie de la doctrine s'entend cependant pour dénier aux règles écrites une utilité quelconque.

— Le recours en cassation fait partie de ces règles non écrites, mais obligatoires, qui ne doivent rencontrer aucun obstacle insurmontable dès que le caractère de juridiction est reconnu à un organe qui rend des décisions en dernier ressort.

— Le recours en cassation est-il pour autant un principe général ? C'en est très certainement un, bien qu'il ne soit pas formel et qu'il soit mal interprété par certains auteurs. La jurisprudence ne s'y est pas mépris.

(42) Berrest, C.E., 20 mai 1904, D.P., 1906.III.30.

(43) C.E., 20 juin 1884, D.P., 1885.5.27.

(44) Instituées par la loi du 30 juillet 1880, cf. C.E., 23 mai 1890, D.P., 1892.3.3 ou également C.E. sec., 12 janvier 1929, Leroux, Rec. p. 710. Le Conseil supérieur des Assurances de la Moselle était un organisme administratif qui, en vertu de la loi locale du 19 mai 1914 rendait des décisions « définitives ». Cette institution demeura, après 1918, sans qu'aucun texte ne vint préciser sa nature et ses liens avec les autorités administratives et juridictionnelles françaises. Saisi d'un recours, le Conseil d'Etat reconnaît d'abord à cet organisme le caractère juridictionnel. Il ajoute que ses « décisions, lorsqu'elles ont été, comme dans l'espèce, rendues en dernier ressort, sont par suite susceptibles d'être déférées pour excès de pouvoir au Conseil d'Etat ».

Section III

LA CONSECRATION DU PRINCIPE : LE RECOURS EN CASSATION, RECOURS DE DROIT COMMUN L'ARRET D'AILLIERES, 7 FEVRIER 1947 (45).

488. — L'arrêt d'Aillières et les espèces qui l'ont confirmé dans les mois suivants (46) constituent la consécration la plus explicite du principe du recours en cassation. Mais l'arrêt d'Aillières et les conclusions de M. Odent qui l'ont précédé ont davantage insisté sur d'autres points : la nature des jurys d'honneurs institués le 21 avril 1944 (47), les droits de la défense (48) qu'ils devaient en tout état respecter ; le recours en cassation n'était qu'une simple conséquence de la nature reconnue à ces organismes.

Le Jury d'Honneur était compétent pour relever de la déchéance qui les frappaient, les parlementaires ayant « abdiqué leur mandat en votant la délégation du pouvoir constituant à Philippe Pétain, le 10 juillet 1940 ». Un ancien sénateur, le sieur d'Aillières et quatre anciens députés, MM. Robert, Fauchon, Barety et de Grandmaison déférèrent au Conseil d'Etat les décisions du jury d'honneur qui refusaient de les relever de leur inéligibilité. Aux termes de l'Ordonnance du 13 janvier 1945, les décisions du jury d'honneur n'étaient « *susceptibles d'aucun recours* », à l'exception toutefois du recours en revision. M. Odent développa dans ses conclusions une argumentation qui ne fut que partiellement suivie par la Haute-Assemblée :

— Tout jugement rendu en dernier ressort peut faire l'objet d'un recours en cassation.

— Mais, constate le commissaire du gouvernement, les jurys d'honneur échappent à ce recours parce qu'ils constituent un ordre juridictionnel souverain à caractère politique.

Cette dernière analyse fut repoussée par le Conseil d'Etat pour lequel le recours en cassation existait non seulement en dehors de tout texte précis, mais aussi contre les décisions « sans recours ».

(45) C.E., 7 février 1947, concl. Odent, note Waline, R.D.P. 1947, pp. 68 et s. ; note Morange, J.C.P., 1947.II.3508 ; G.A.J.A., 1965, p. 289.

(46) C.E., 2 mai 1947, Fauchon, Baréty, de Grandmaison, mêmes références.

(47) Cette ordonnance ne crée pas les jurys d'honneur à proprement parler, mais les prévoit simplement en instituant un certain nombre de cas d'inéligibilité. Les ordonnances du 6 avril, 13 septembre et 19 octobre de la même année précisent la compétence des jurys qui est limitée primitivement aux assemblées locales, puis étendue successivement à l'Assemblée constituante et à l'Assemblée nationale.

(48) Cf. *infra*, Droits de la Défense, pp. 396 et s.

§ 1. — Le recours en cassation, recours de droit commun dans le silence des textes particuliers.

489. — Bien avant l'arrêt d'Aillières, il était admis que le recours en cassation fût ouvert dans le silence apparent des textes. La jurisprudence d'Aillières confirme implicitement les données traditionnelles que n'ont pas entamé les dispositions plus rigides de l'ordonnance du 31 juillet 1945, en vertu de laquelle le recours en cassation existe « de plein droit, en l'absence de tout autre recours » (49).

A. — La confirmation de la jurisprudence traditionnelle.

490. — Certains arrêts sus-analysés montraient comment, dans le silence des textes particuliers, le Conseil d'Etat accueillait les recours en cassation, dès lors que la décision contestée avait été rendue en dernier ressort par un organisme juridictionnel (50).

La jurisprudence d'Aillières, conforme à cette tradition appelle une double précision :

— En premier lieu, dans le silence des textes c'est le caractère de l'acte qui détermine la recevabilité des recours ouverts en toute hypothèse contre lui.

— En second lieu, la formule « décision définitive » équivaut à un silence du législateur et non à un rejet par lui du recours en cassation.

491. — 1. — *Les recours contre les décisions « définitives ».* — Au silence du législateur il faut assimiler une hypothèse qui a donné lieu à certaines controverses. Il arrive parfois qu'un texte dispose qu'un organisme juridictionnel, rende des décisions dites *définitives*. Il ne s'agit pas d'un rejet formel des voies de recours mais d'une qualité de l'acte juridictionnel, sans influence sur le principe d'un recours. C'est ainsi que la Commission centrale d'Assistance aux vieillards, instituée par la loi du 14 juillet 1905, statuait « définitivement » sur les recours formés par certains indigents (51). Dès l'instant que l'on reconnaît le caractère juridictionnel à des organismes qui prennent de telles décisions, il faut que la décision rendue le soit définitivement pour faire l'objet d'un recours en cassation (52).

(49) Note C.H., sous C.E., 8 juin 1951, Hircovitz, Dreyfus-Schmidt et Max Brusset, S. 1951.III.74.

(50) Voir *supra*, pp. 316-318.

(51) Il importe de remarquer ici que l'adverbe « définitivement » n'a pas la même valeur que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

(52) C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1956.J.758, concl. Laurent. Elle peut autrement sous certaines conditions, faire l'objet d'autres voies de recours. C'est une confirmation de l'arrêt « Sté des Automobiles Berliet », C.E., sec. 6 février 1931, Rec. p. 140, voir *infra*, p. 322.

Par décision définitive il ne faut pas entendre décision sans recours mais jugement définitif, c'est-à-dire « un jugement qui se prononce sur le fond du droit » (53). Or, selon les processualistes, un organisme juridictionnel rend des décisions définitives lorsqu'elles sont susceptibles d'être entourées de l'autorité de la chose jugée, à l'expiration de certains délais. Passé ces délais, le jugement est définitif, c'est-à-dire qu'il ne peut plus faire l'objet d'aucune voie de recours (54). Avant l'expiration de tels délais, tous recours de droit commun sont recevables.

Certains (55) persistent néanmoins à assimiler « décision définitive » et « décision sans recours ». Leur position est soutenable sur un point. Lorsque le législateur crée un organisme, il ne se soucie pas de son caractère juridictionnel ou administratif, mais entend entourer d'une certaine immunité les actes de l'organisme institué (56). A supposer qu'il soit adminisitratif, l'expression contestée pourrait alors signifier que les décisions prises sont sans recours. Mais dès lors que le caractère juridictionnel est accepté, la première interprétation, celle des processualistes, doit être retenue.

492. — 2. — *Le caractère de l'acte attaqué.* — La nature et les caractères de l'acte juridictionnel susceptible de faire l'objet d'un recours en cassation se sont affirmés à mesure que ce recours s'est séparé du recours pour excès de pouvoir (57). Dès lors qu'une décision est un acte juridictionnel et que cette décision a été rendue en dernier ressort, elle peut faire l'objet, dans le silence des textes, d'un recours en cassation.

Il faut enregistrer à ce propos le très intéressant mouvement jurisprudentiel qui a donné progressivement le caractère de juridiction aux Conseils de Révision. Au début du siècle, en dehors de tout texte précis, les recours en cassation de jeunes recrues furent accueillies par le Conseil d'Etat (58). Tel fut également le cas des jugements du Conseil du Contentieux des accidents de l'Office général des Assurances d'Alsace-Lorraine. Ils étaient rendus « en dernier ressort, et par suite susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat », sans qu'aucun

(53) « Tout jugement qui se prononce sur le fond du droit est un jugement *définitif* » (CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, p. 458). En d'autres termes, le jugement définitif règle, soit tout le procès, soit des incidents autres que ceux relatifs à des mesures d'instruction et à des demandes provisoires.

(54) C.E. sec., 14 avril 1961, Chatenay, Rec. p. 234.

(55) M. Odent dans les conclusions sus-analysées p. 70. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. 3, n° 1377.

(56) Voir, note F.M. sous C.E., 8 juin 1951, Hircovitz, Dreyfus-Schmidt, D. 1951.J.529.

(57) Voir *supra*, pp. 316 et s.

(58) C.E., 6 juillet 1906, Salzes, p. 597 ; C.E., 15 novembre 1917, Mauguin, Rec. p. 1014 et C.E., 21 décembre 1927, Jelmoni, Rec. p. 1229. Cette jurisprudence a été confirmée avec éclat le 31 janvier 1958, C.E., Brunet, R.D.P., 1958, p. 732, concl. Tricot.

texte n'ait rendu expressément applicable, à cette juridiction la loi du 24 mai 1872 (59).

C'est le résultat le plus évident de l'application des principes généraux de procédure en matière de recours en cassation. L'arrêt d'Aillières a été sur ce point une confirmation intéressante de la jurisprudence traditionnelle.

B. — Le caractère de droit commun du recours en cassation.

493. — Si aucun texte n'en dispose différemment, le recours en cassation est le recours de droit commun contre les actes juridictionnels. Cette jurisprudence sur le recours en cassation est constante et n'a pas été démentie par l'arrêt d'Aillières intervenu sous l'empire de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 qui rend compétent le Conseil d'Etat pour connaître « des recours les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives » (art. 32).

Un certain nombre d'arrêts confirment cette position pour des organismes, tel le Conseil National de l'Ordre des médecins, qui jugent selon une procédure juridictionnelle les litiges nés des décisions des Conseils régionaux (60). Dans le silence des textes, le recours en cassation, parce qu'il est un recours de droit commun, est ouvert contre les décisions rendues en dernier ressort.

Le Conseil d'Etat confirme très clairement sa position dans un arrêt Paya Monzo (61) relatif à la Commission des recours des réfugiés et apatrides, instituée par la loi du 25 juillet 1952. Lorsqu'elle est appelée à statuer sur les recours des étrangers et apatrides contre les décisions de l'Office des réfugiés et des apatrides leur refusant la qualité de réfugié, la Commission des réfugiés a le caractère d'une juridiction ; dès lors, déclare le Conseil d'Etat, « ses décisions ne sont sus- « ceptibles que d'un recours en cassation devant le Consil d'Etat ». Deux des caractéristiques du principe général de procédure qui nous intéresse sont alors réunies : le recours en cassation est un recours de droit commun et il existe en dehors de tout texte le prévoyant expressément (62).

(59) C.E. section, 3 avril 1936, Dame Wolf, Rec. p. 441.

(60) C.E. section, 10 février 1950, Conseil régional de l'Ordre des Pharmaciens de la 18e région sanitaire, Rec. p. 98 ; C.E., 19 février 1951, Delaville, Rec. p. 99.

(61) C.E. Sec., 29 mars 1957, sieur Paya Monzo, Rec. p. 225.

(62) Voir confirmation de cette jurisprudence. Cf. également C.E. Sec., 31 janvier 1958, Brunet, p. 54 et concl. Tricot, R.D.P. 1958, p. 752, *a contrario*, C.E. sect., 17 mai 1957, Simonet, concl. Heumann, D. 1957.580, note Jeanneau. Le caractère du droit commun du recours en cassation a été clairement invoqué par les auteurs du pourvoi dans l'arrêt Dreyfus-Schmidt (C.E., 8 juin 1951, précité, S. 1951.III.76). Le législateur ayant repoussé expressément l'appel contre certaines décisions des Conseils de Préfecture, relatives aux déclarations d'apparentement (voir *supra*, p. 143), le sieur Dreyfus-Schmidt invoqua le caractère de droit commun du recours en cassation. Il fut également repoussé par le Conseil d'Etat au motif que le législateur l'avait manifestement écarté (voir *infra*, p. 325).

494. — *Conclusion du paragraphe :* Dans le silence des textes, le recours en cassation est, en vertu des principes généraux de procédure, le recours de droit commun contre toutes les décisions définitives rendues en dernier ressort par une juridiction administrative.

§ 2. — Le recours en cassation contre les décisions « sans recours ».

495. — Laferrière écrivait déjà à la fin du siècle dernier qu'en prévoyant que des décisions étaient rendues « sans recours » ou même « sans aucun recours » le législateur ne faisait pas nécessairemnt obstacle au pourvoi en cassation (63). Dans l'affaire d'Aillières le requérant, le commissaire du gouvernement et le Conseil d'Etat se sont ralliés à cette interprétation acceptée implicitement par la jurisprudence antérieure (64). M. Odent affirme en effet qu'une décision que le législateur « déclare sans recours ou dit qu'elle n'est « susceptible d'aucun recours » peut cependant faire l'objet d'un pourvoi en cassation. C'était le cas de l'article 18 *bis* de l'Ordonnance du 21 avril 1944 ; il spécifiait : la décision du jury d'honneur « n'est susceptible d'aucun recours » (65). Le Conseil d'Etat estima que l'expression dont avait usé la législation ne pouvait être interprétée « en l'absence d'une « volonté contraire, clairement manifestée par les auteurs de cette « disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil « d'Etat ». En effet, la volonté du législateur d'exclure le recours en cassation paraît nette en première analyse et une référence, plus explicite, aux principes généraux de la procédure aurait permis d'éviter une affirmation apparemment contraire à la lettre des textes.

Dans quelles circonstances rencontre-t-on une volonté explicite du législateur d'exclure un recours en cassation ? « Nous n'en connaissons pas d'exemple » répond M. Odent. Si l'on ne trouve aucun précédent, c'est moins à cause du législateur que des principes généraux de procédure. Seuls, ceux-ci permettent d'expliquer irréfutablement la recevabilité du recours en cassation et, quelques années plus tard, du recours pour excès de pouvoir (66) en des circonstances identiques. Il est de la nature de tout principe général de s'appliquer par préférence à un texte spécial et obscur (67).

496. — En quoi consistait l'obscurité de l'article 18 *bis* de l'Ordonnance du 21 avril 1944 et les dispositions législatives du même type ?

(63) Voir *supra*, p. 315.

(64) Voir *supra*, p. 317.

(65) Cette formule disparut de l'ordonnance du 13 septembre 1945 qui avait institué un recours en révision contre les décisions du jury d'honneur.

(66) Voir *supra*, pp. 212 et s.

(67) Voir *supra*, 1re partie. En interprétant, *a contrario*, la pensée du Conseil d'Etat pour lequel la volonté du législateur doit être « clairement manifestée », on est amené à dire que cette volonté était pour le moins et obscure et vraisemblement non manifesté. Voir pp. 144 et s.

Leur interprétation est difficile à un double plan comme le montre l'analyse de l'article 18 *bis* :

— Replacé dans son contexte, c'est-à-dire dans l'ensemble de l'Ordonnance du 21 avril 1944 modifiée par celle du 13 septembre 1945, l'article 18 *bis* était dénué de sens précis. En effet, le jury d'honneur était d'une nature indéterminée. Le législateur avait introduit dans son organisation et sa procédure un certain nombre de clauses qui peuvent être qualifiées de clauses de style, inapplicables selon que l'on reconnaissait au jury ou le caractère d'organe administratif ou la qualité de juridiction. A ce titre, l'article 18 *bis* interprété à la lumière d'un principe général de procédure n'est ni assez formel ni assez explicite pour recevoir une application quelconque. M. Delvové dit de lui, par la suite, qu'il était d'une « rédaction très défectueuse et d'une interprétation très douteuse » (68).

— Dans un contexte beaucoup plus large, historique, l'article 18 *bis* est plus qu'obscur, il est inexplicable. Il n'a existé aucun cas de juridiction qui ne fût soumise à la censure soit de la Cour de cassation, soit du Conseil d'Etat (69). Pour donner un sens à l'article 18 *bis*, il faudrait supposer que le jury d'Honneur constituât un ordre juridictionnel autonome. Une fois cette prétention rejetée (70) l'allégeance au Conseil d'Etat s'imposait. Il serait en effet difficilement concevable que des juridictions n'offrant pas les mêmes qualités et les mêmes garanties que le Conseil d'Etat puissent rendre des décisions sans qu'aucun recours ne fût ouvert contre elles. Une décision juridictionnelle doit pouvoir être annulée, ne serait-ce que pour incompétence, violation des formes ou de la loi. Il s'agit d'un contrôle minimum, d'un contrôle de la légalité qui résulte tant des textes que du principe général de la légalité (71).

C'est en vertu de ce principe de la légalité et malgré les dispositions législatives apparemment contraires que le recours en cassation est recevable contre toutes les décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort. Le principe n'a cependant pas une portée illimitée.

§ 3. — Les limites apportées au principe du recours en cassation.

497. — Dès l'instant que l'on ne reconnaît pas aux principes généraux une valeur constitutionnelle ou supra-constitutionnelle, un certain nombre de limites sont concevables. Le principe du recours en cassation connaît deux types de limitation ; le premier type est commun à l'ensemble des principes généraux : c'est là la volonté du législateur

(68) Conclusions sous C.E., 8 mars 1951, Dreyfus-Schmidt, S. 1951, p. 76.

(69) Voir M. Odent, *loc. cit.*, p. 72.

(70) Voir *supra*, p. 320.

(71) Le principe de la légalité est le fondement de celui du recours en cassation. Voir *supra*, 1re partie, p. 96.

ou du constituant ; le second est caractéristique du recours en cassation : c'est l'existence de commissions de cassation à caractère administratif concurrentes du Conseil d'Etat. Ces commissions ne constituent en réalité qu'une application particulière de la limite imposée par le législateur aux règles non écrites.

A. — Les exceptions législatives et constitutionnelles au recours en cassation.

498. — Il est des cas, assez rares, dans lesquels le législateur, explicitement et le constituant, implicitement, ont dénié au juge de cassation la qualité de censurer certaines décisions rendues en dernier ressort. Le Conseil d'Etat s'est incliné devant ces manifestations de volonté notamment dans les arrêts Hirschovitz et Dreyfus-Schmidt rendus par son assemblée du contentieux le 8 juin 1951 (72). Les litiges soumis au Conseil d'Etat étaient relatifs à des actes préliminaires à des opérations électorales. Il s'agissait de savoir si le Conseil d'Etat serait compétent par voie d'appel ou de cassation pour connaître des pourvois dirigés contre des décisions rendues par les Conseils de Préfecture sur des contestations relatives à l'enregistrement d'une liste ou à une déclaration d'apparentement. Deux textes devaient être interprétés qui dictèrent une réponse évidente au Conseil d'Etat.

— C'était d'abord un texte constitutionnel d'une portée assez générale aux termes duquel le Parlement « est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection », (art. 8 de la Constitution du 27 octobre 1946). Le contentieux électoral de droit commun relevait donc des assemblées parlementaires elles-mêmes.

— C'était ensuite un texte législatif de portée limitée que devait interpréter le juge. Il accordait compétence aux Conseils de Préfecture pour connaître de certains litiges relatifs aux déclarations d'apparentement. Il précisait que « ce tribunal doit rendre sa décision dans les trois jours, qui sera sans appel ». (Article 6, dernier alinéa de la loi du 5 octobre 1946, modifiée par la loi du 9 mai 1951).

Pour le Conseil d'Etat, « les dispositions constitutionnelles et législatives susmentionnées ne laissent pas la place à l'application du principe consacré par l'article 32 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945, et, *à ce titre, excluent notamment la recevabilité du recours en cassation* ». La pensée de la Haute Assemblée administrative ne pouvait pas être plus clairement exprimée. L'article 32 de l'Ordonnance du 31 juillet faisant du Conseil d'Etat le juge de cassation contre les jugements rendus en dernier ressort et le principe général du recours en cassation qui étend l'application de ce texte perdaient tout effet face à la volonté des autorités législatives et constitutionnelles. Cette réaction lui

(72) C.E., 8 juin 1951, Hirschocovitz, Dreyfus-Schmidt, concl. Delvolvé, note C.H., Sirey, 1951.III.74 ; note F.M., D. 1951.J.529.

avait été conseillée par son commissaire du gouvernement pour lequel l'espèce étudiée n'était pas comparable à l'affaire d'Aillières ; dans l'une, le texte applicable était d'une « rédaction très défectueuse », alors que dans l'autre, la « volonté du législateur n'était pas douteuse » (73). La limite ainsi apportée au principe du recours en cassation est non équivoque et traduit une pratique, heureusement exceptionnelle, du législateur qui, en matière pénale, supprima également cette voie de recours contre certaines décisions de la Cour de Sûreté de l'Etat.

B. — Les commissions de cassation administratives.

500. — L'affirmation selon laquelle le Conseil d'Etat est « seul compétent » pour statuer sur les recours en cassation (74) ne doit-elle pas être assortie de restrictions ? Il connaît la quasi-totalité des recours en cassation administratifs à deux exceptions près dans lesquelles la volonté du législateur a été assez « clairement manifestée » :

— Les commissions spéciales de cassation.

— Les commissions d'arbitrage.

L'existence de ces organismes pose une double question. Sont-ce des juridictions souveraines ? Entraînent-elles le cas échéant, une limitation du principe du recours en cassation ? Une description sommaire de ces organismes éclairera la réponse donnée.

1. — *Les commissions spéciales de cassation.*

501. — La commission spéciale de cassation des pensions de guerre et celle des dommages de guerre sont deux organismes qui exercent un contrôle de cassation sur certaines juridictions administratives. Adjointes au Conseil d'Etat n'en sont-elles que des démembrements ou rompent-elles l'unité de la cassation administrative ? Elles présentent la caractéristique d'être des émanations du Conseil d'Etat « créées pour « décharger ses rôles... dirigées et contrôlées par des membres du « Conseil. Leurs décisions sont considérées comme prises pour le « compte du Conseil d'Etat qui ayant ainsi épuisé sa juridiction ne « peut être saisi d'un recours en cassation ». C'est en ces termes que M. Odent caractérisa ces juridictions qui n'apportent pas une véritable exception à la règle posée par l'arrêt d'Aillières.

502. — a) *La commission spéciale de cassation des pensions* (75). — Les juridictions des pensions sont constituées en premier ressort par

(73) Pour M. Delvolvé (*loc. cit.*, p. 75) deux choses ressortaient clairement de la loi du 9 mai 1951 (art. 6, dernier alinéa) : « Le législateur a voulu faire trancher les contestations par une autorité qui ne fût pas mêlée à l'action politique. » « Il a voulu que la contestation fut vite tranchée (délai de trois jours). »

(74) Article 2, dernier alinéa du décret du 30 septembre 1953.

(75) Depuis 1919, le contentieux administratif des pensions relève normalement

des tribunaux départementaux des pensions dont les décisions peuvent être portées pour appel devant des cours régionales sous réserve d'un pourvoi en cassation. Ces formations juridictionnelles, en dépit de la présence de magistrats judiciaires en première instance et en appel, appartiennent à l'ordre administratif. Or, le législateur a prévu expressément (76) que les pourvois en cassation seraient portés devant une commission spéciale et non pas devant le Conseil d'Etat, ce qui paraît constituer une limite à la portée du principe général de procédure étudié.

Mais si l'on tient compte de son origine et de sa composition (77), la commission spéciale des pensions n'introduit qu'une fauses limite aux principes généraux de procédure. Le décret du 8 août 1935 n'a confié que *provisoirement* (un provisoire qui dure encore de nos jours) et par une sorte de délégation de compétence, motivée par des considérations matérielles, des fonctions du Conseil d'Etat à la Commission spéciale de cassation des Pensions. Elle peut même, d'après l'arrêt d'Assemblée dame Veuve Sticotti, renvoyer au Conseil d'Etat le jugement d'un pourvoi porté devant elle. L'Assemblée du Conseil d'Etat n'est alors qu'une formation plus solennelle que la Commission à laquelle on confie les affaires qui présentent ou une difficulté ou un intérêt particuliers. L'existence de la commission ne limite en rien le principe du recours en cassation.

503. — b) *La commission supérieure de cassation des dommages de guerre.* — La Commission supérieure de cassation des dommages de guerre (78) ne constitue-t-elle pas, malgré sa composition et sa parenté

des juridictions de droit commun sous réserve de certaines exceptions introduites par les articles L. 79 à 104 du Code des Pensions militaires d'invalidité et des victimes civiles de la guerre. Cf. A. BERNARD, « Contentieux des pensions », Jurisclasseur adm., 1959, Fasc. 765 ; A. M. BOURRET et Charlotte MARTY, « Pensions et invalidité des victimes de guerre », Jurisclasseur adm., Fasc. 767 ; CARCELLE et G. MAS, « Le régime des pensions civiles et militaires », Ed. Sirey, 1960.

(76) Décret-loi du 8 août 1935. Cependant, dans la rédaction primitive de l'article L. 79 du Code des Pensions, il est prévu que seul, « le Conseil d'Etat peut être saisi des recours pour excès ou détournement de pouvoir, vice de forme ou violation de la loi » contre les décisions des cours régionales des pensions.

(77) Présidée par le Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, elle est composée de six juges choisis parmi les Conseillers d'Etat, les Maîtres des requêtes, les magistrats de la Cour des comptes et ceux des Cours d'appel (Commissaire du Gouvernement et rapporteur sont choisis parmi les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes. Le secrétariat est assuré par un fonctionnaire du Conseil d'Etat). Sous réserve de la présence de certains juges judiciaires, on peut estimer que la Commission n'est qu'un démembrement du Conseil d'Etat d'autant plus que les règles de procédure en vigueur devant lui sont applicables aux affaires soumises à la commission spéciale de cassation des pensions.

(78) Créée par la loi du 28 octobre 1946, elle succédait à la Commission supérieure des dommages de guerre (art. 36 de la loi du 17 avril 1919). V. CUVELLIER, « Quelques observations sur le fonctionnement de la Commission spéciale de cassation adjointe au Conseil d'Etat », Et. et Doc. du C.E., 1954, pp. 97 et s., et POUSSIÈRE, « Traité des dommages de guerre », 1954.

avec le Conseil d'Etat, une exception réelle au principe du recours en cassation ? Dans l'arrêt Désiré Lucas (79), le Conseil d'Etat n'infirme pas cette interprétation et rejette catégoriquement tout recours en cassation devant le Conseil d'Etat contre les décisions de la Commission. A l'instar de M. Poussière, M. Odent lui-même dans les éditions récentes de son « Contentieux administratif » n'est plus aussi catégorique qu'en 1947 et voit dans la commission une *juridiction de cassation* sui generis *qui échappe à tout contrôle du Conseil d'Etat.* Celui-ci ne peut évoquer la compétence dont il est dessaisi au profit de la Commission de cassation des dommages de guerre, ni assurer une unité de jurisprudence (80).

504. — *Les commissions de cassation et le principe du recours en cassation.* — Quelle que soit la solution retenue, l'action de ces commissions n'est pas dérogatoire du principe du recours en cassation :

— ou elles ne constituent qu'un démembrement du Conseil d'Etat et elles ne sont alors qu'un aménagement procédural interne sans influence sur le principe ;

— ou elles constituent des ordres juridictionnels autonomes et même souverains et, dans ce cas, le principe du recours en cassation leur est applicable, mais dans des conditions spéciales.

2. — *Les commissions d'arbitrage* (81).

505. — Il existe cependant des cas pour lesquels le Conseil d'Etat a admis, implicitement, que le législateur avait entendu expressément soustraire certaines décisions au contrôle du juge de cassation. Les sentences surarbitrales rendues pour régler un différend collectif du travail, sous le régime de la loi du 31 décembre 1936 devaient-elles être censurées par le Conseil d'Etat ? Il résultait clairement des travaux préparatoires et du texte législatif que les décisions de la Cour supérieure d'arbitrage ne pourraient faire l'objet d' « aucun recours devant quelque juridiction que ce soit ». Le Conseil d'Etat se plia à cette volonté dans un arrêt « Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne ».

506. — Deux interprétations peuvent être données à cet arrêt :

— On peut d'abord prétendre qu'il existe un troisième ordre juridictionnel, différent des ordres administratifs ou judiciaires, qui serait

(79) C.E., 24 octobre 1952, Désiré Lucas, Rec. p. 487.

(80) C.E., 13 décembre 1939, Rec. p. 592. La loi de 1936 excluait formellement l'appel contre les décisions des surarbitres. La loi du 11 février 1950 (art. 12 et s.) reconstitua une nouvelle Cour supérieure d'arbitrage, de compétence restreinte. Le Conseil d'Etat n'a pas eu encore l'occasion à se prononcer sur sa compétence et la portée de ses décisions.

(81) Auby, « L'arbitrage en matière administrative », A.J.D.A., 1955, I, p. 81 ; de Laubadère, « Contrats administratifs », T. 3, n° 1205 ; Stillmunkes, « L'arbitrage en droit administratif », Thèse, Paris, 1960.

l'ordre social. C'est la thèse soutenue par M. Odent dans ses conclusions sur l'arrêt d'Aillières (82). L'évolution législative récente confirme apparemment la thèse de M. Odent. La loi du 11 février 1950 a redonné vie à la Cour supérieure d'arbitrage et l'a destinée à fonctionner comme une Cour de cassation (83).

Si tentante que soit cette interprétation, on hésite à l'adopter parce qu'elle conduirait à une disparition de la dualité juridictionnelle et une restriction fâcheuse du domaine d'application des principes généraux de procédure. Un ordre juridictionnel social, autonome, n'est pas réellement consacré en droit positif Il ne fait preuve d'aucune unité. Les juridictions sociales sont intégrées aux deux ordres de juridictionnels existants (84).

— Il est plus exact de dire que les décisions arbitrales *échappent au principe du recours en cassation* analysé ici, elles ne peuvent faire l'objet d'un tel recours mais sont soumises en revanche au principe du double degré de juridiction (85). La jurisprudence « Manufacture française » (C.E. 13 décembre 1939 Rec. p. 592) n'est pas pour autant une limite du principe général de procédure selon lequel un pourvoi est ouvert contre les décisions juridictionnelles de dernier ressort. Cette restriction illustre la règle selon laquelle les principes généraux de la procédure ne s'appliquent que si l'organisation juridictionnelle le permet.

Hormis cette exception limitée, le Conseil d'Etat est en vertu des principes généraux le juge de cassation de toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives.

(82) Conclusions Odent, R.D.P., 1947, pp. 70-72. L'auteur envisageait également l'existence d'un ordre juridictionnel politique (les jurys d'honneur, voir *supra*, p. 208), voir également LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1953, p. 23.

(83) Articles 12 à 15 de la loi du 15 mars 1950 ; voir CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, n° 121 et BRUM et GALLAND, « Droit du Travail », III, pp. 192 et s. La législation de 1951 a été complétée en 1957, voir sur ce point, « La loi du 26 juillet 1957 sur le règlement des conflits collectifs du travail », Droit social, 1958, pp. 138 et s.

(84) Prenons deux exemples : en matière de Sécurité sociale, il manque à l'édifice ébauché par l'existence d'organismes juridictionnels départementaux et régionaux, une structure complète (art. 190-239, Code Sécurité sociale). Un organe suprême ou une Cour souveraine de cassation n'ont jamais été institués. Dans le domaine des conflits individuels du travail, les juridictions prud'homales sont intégrées, dès le niveau de la juridiction d'appel, à l'ordre judiciaire. Le Contentieux des conflits collectifs, sous la pression convergente des syndicats d'employeurs et de salariés, est pratiquement inorganisé. Voir A. ROUAST et P. DURAND, « Sécurité sociale », Ed. 1960, n°s 104 et s., et P. HÉBRAUD et J. J. DUPEYROUX, « Les juridictions sociales dans la réforme judiciaire » et plus spécialement, II : « Les juridictions sociales », Droit social, 1960, pp. 153 et s.

(85) Cf. *supra*, pp. 294-295 et Conseil d'Etat Ass., 4 janvier 1957, Lamborot, concl. Chardeau, A.J.D.A., 1957.II.108.

507. — *Conclusion de la section.* — Le Conseil d'Etat a affermi et garanti de façon absolue les règles du dualisme juridictionnel grâce aux principes généraux du recours en cassation.

— Dans le silence des textes particuliers, ou malgré tout texte apparemment contraire, le recours en cassation est ouvert devant le Conseil d'Etat ou l'un de ses démembrements contre toute décision rendue en dernier ressort par une juridiction administrative.

— Les décisions arbitrales, parce qu'elles sont soumises au double degré de juridiction, échappent à la censure du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation.

Section III

LE RECOURS EN CASSATION ET LES AUTRES VOIES DE RECOURS

508. — En vertu de la jurisprudence d'Aillières, le recours en cassation n'est ouvert que contre les décisions rendues en dernier ressort (86). Cette condition mise à sa recevabilité n'élimine pas les risques de conflits avec les autres voies de recours, également protégées par les principes généraux de procédure.

N'est-ce pas la raison pour laquelle une règle non écrite dispose que le « recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours... ne reste ouverte... » ? (87) Il en découle que l'appel qui, comme le recours en cassation est un recours de droit commun, est exclusif de ce dernier. Les voies de rétractation, à l'exception du recours en revision, consacrent une situation identique.

§ 1. — Recours en cassation et double degré de juridiction.

509. — L'appel et le recours en cassation sont tous les deux des voies de recours de droit commun, organisé par les principes généraux de la procédure : le premier contre les jugements du premier degré, le second contre les décisions rendues en dernier ressort. L'organisation juridictionnelle, par sa complexité, fait cependant naître des conflits entre les deux voies de recours qui se soldent, selon les cas, par le succès de l'appel ou du recours en cassation.

Deux hypothèses sont à envisager : le recours en cassation *omissio medio* et le choix entre l'appel et le recours en cassation au cas de silence du législateur.

(86) M. Maleville n'hésite pas à dire qu'il s'agit là d'un *principe général de procédure,* organisé sur la base de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Jurisclasseur adm., Fasc. 620, « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat ».

(87) C.E., 24 février 1937, Leuck, Rec. p. 237.

A. — Le recours en cassation « omissio medio ».

510. — La renonciation au droit d'appel en faveur du recours en cassation est impossible, que le juge d'appel soit ou non le Conseil d'Etat.

Le recours d'un requérant qui ne s'est pas pourvu en appel devant le Conseil supérieur de l'Education Nationale contre un jugement du Conseil départemental refusant d'annuler une décision du maire en matière d'ouverture d'école libre n'est pas recevable, par la voie de la cassation, devant le Conseil d'Etat. Concluant sur cet arrêt Raveneau (88) en 1883, le Commissaire du gouvernement Levavasseur de Précourt, déclara : « Nous posons en principe que le recours pour « excès de pouvoirs au Conseil d'Etat (c'est-à-dire le recours en cas- « sation) contre la décision du Conseil départemental... n'est pas « recevable, s'il existe un droit d'appel au Conseil supérieur d'Ins- truction publique ». Très tôt, le Conseil d'Etat posa donc ce principe selon lequel la règle du double degré est exclusive du droit au recours en cassation. Il l'a encore consacré en rejetant les recours portés directement devant lui contre les décisions des « Comités départe- mentaux de confiscation des profits illicites » alors que leurs juge- ments étaient susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur (89).

Le rejet du recours *omissio medio* est-il une transcription des règles procédurales judiciaires ou une application de la théorie du recours parallèle (90) ? Il est certain que l'influence judiciaire est prépondé- rante en ce domaine et que la théorie du recours parallèle a pu fonder l'irrecevabilité du recours en cassation *omissio medio*. Mais c'est sur- tout la règle selon laquelle seule une décision rendue en dernier ressort peut faire l'objet d'un tel recours qui explique son effacement devant l'appel.

B. — Les conflits entre le recours en cassation et l'appel dans le silence du législateur.

511. — Le Conseil d'Etat étant à la fois juge d'appel et de cassation, quelle sera la nature de son contrôle sur les jugements qui lui sont soumis ? Deux hypothèses peuvent être envisagées :

— Ou un ordre juridictionnel ne comprend que des juridictions du même degré et le contrôle de leurs décisions sera effectué obligatoi- rement et directement par le Conseil d'Etat (91).

(88) C.E., 3 août 1883, Raveneau c. Le Maire de Rennes, Rec. p. 725.

(89) C.E., 31 mai 1946, Sté David Frères et sieur David, Rec. p. 254.

(90) Ces deux tentatives de justification n'expliquent pas tous les cas qui peuvent se présenter. Le Conseil d'Etat rejetait (même avant la réforme de 1953) les recours portés directement devant lui contre les décisions des Commissions communales de réorganisation foncière de la loi de 1941 en s'appuyant sur l'inten- tion présumée du législateur.

(91) Conseil d'Etat, 24 février 1937, Leuck, Rec. p. 237.

— Ou un ordre de juridictions comprend des juridictions de degré différent, le Conseil d'Etat aura toujours la possibilité d'exercer un contrôle sur les décisions rendues par les juridictions du deuxième degré.

Dans la seconde hypothèse, le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sera nécessairement, en vertu des principes généraux de procédure, le recours en cassation, seul possible parce que, au préalable, le double degré de juridiction aura imposé l'appel (92).

Dans le premier cas, la solution n'est pas fixée *a priori*, ni par le législateur, ni par le juge. Le Conseil d'Etat peut faire fonction, soit de juge d'appel, soit de juge de cassation. Le législateur lui confie alternativement les deux rôles. Il est juge d'appel des décisions des tribunaux administratifs, juge de cassation d'un certain nombre de juridictions. *Dans le silence des textes, le recours ouvert sera normalement le recours en cassation* à raison de la nature et du caractère de cette voie de droit. Toute la jurisprudennec du Conseil d'Etat tend à confirmer ce point de vue : En 1832, les jurys de revision de la Garde Nationale de Paris (93) à la fin du siècle dernier, les Conseils de Révision, entre les deux guerres certaines commissions, en 1947, le jury d'Honneur furent les uns et les autres soumis au contrôle du Conseil d'Etat par la seule voie du recours en cassation.

Pourquoi ce recours et non l'appel ? Hors les motifs de technique juridique pure, deux raisons paraissent l'expliquer. En premier lieu, en réalisant un contrôle minimum de la légalité, le recours en cassation préserve l'autonomie de certaines juridictions, tout en sauvegardant l'unité du droit. En second lieu, la technicité des affaires relevant de la compétence des juridictions spéciales rend illusoire, sinon impossible, tout contrôle au fond des décisions rendues. Cette solution est une conséquence du caractère de droit commun du recours en cassation.

§ 2. — Recours en cassation, opposition et tierce-opposition (94).

512. — L'opposition et la tierce-opposition sont des voies de rétractation qui intéressent les défendeurs défaillants et les tiers non appelés à l'instance. Elles exercent une influence identique sur l'exercice du recours en cassation. L'une et l'autre, tout en se combinant avec lui sont *exclusives du recours en cassation, sans toutefois altérer son caractère de droit commun.* M. Debbasch estime, à juste titre, qu'il ne s'agit pas là d'un conflit entre voies de recours qui se traduirait par l'exclu-

(92) Voir *supra*, « Les conditions de l'appel », pp. 281 et s.

(93) C.E., 15 juillet 1832, Garde Nationale de Paris, Rec. Macarel, p. 183.

(94) Sur l'ensemble de la question, voir *infra* ; Les voies de recours extraordinaires, pp. 340 et s. Voir également pour le recours en rectification d'erreur matérielle, *infra*, pp. 357 et s.

sion du recours en cassation mais que celui-ci est irrecevable parce qu'il n'a pas été intenté par une partie à l'instance (95).

A. — L'opposition et le recours en cassation.

513. — Dans l'arrêt Desseaux du 12 octobre 1956 (96), le Conseil d'Etat a rappelé les conditions d'application respective du recours en cassation et de l'opposition. Le Conseil d'Etat devait-il recevoir le recours en cassation introduit par le sieur Desseaux contre la décision de la Commission de contrôle des Banques, rendue par défaut contre lui, avant l'expiration du délai de deux mois ouvert à l'intéressé pour faire opposition à cette décision ?

En application d'une règle non écrite, « le recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours, et notamment, celle de l'opposition ne reste ouverte » (29). M. Drago a critiqué cette solution qui avait pour résultat d'allonger les délais de règlement du litige de plusieurs années et regretté que la solution libérale du droit judiciaire, préconisée par MM. Morel et Hébraud (98) à l'encontre de la lettre de l'article 456 du Code de Procédure civile, n'ait pas prévalu dans l'esprit de la juridiction administrative. Il n'en demeure pas moins vrai que, l'opposition contre les décisions par défaut rendues en dernier ressort paralyse le droit au recours en cassation pendant le délai où elle est possible (99).

B. — La tierce-opposition et le recours en cassation.

514. — La tierce-opposition est également exclusive du recours en casastion. La requête du tiers opposant sera rejetée, comme celle de l'opposant, s'il n'a pas été régulièrement mis en cause à l'occasion d'un appel formé par un préfet devant la section permanente du Conseil supérieur des assurances sociales, au motif qu'il lui appartenait d'attaquer par la voie de la tierce-opposition et non par celle du

(95) Cf. Debbasch, « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », L.G.D.J., 1962, pp. 199-200.

(96) C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1956.III.757.759, note R. Drago ; concl. Lasry, R.D.P., 1957, p. 114.

(97) Le Conseil d'Etat reprend dans cet arrêt une formule de la commission supérieure de cassation des pensions du 9 décembre 1937, Rec. Lebon, p. 1015.

(98) Hébraud, « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 », D. Ch. 1943, p. 9.

(99) Le recours en cassation contre une décision qui a déjà fait l'objet d'une opposition qui n'est pas encore jugée, sera également déclaré irrecevable, C.E., 2 janvier 1957, Sercan, Rec. p. 3. Le Conseil d'Etat a confirmé, d'autre part, la jurisprudence Desseaux dans un arrêt Cairon (C.E., 6 juillet 1960, R.P.D.A., 1960, n° 281) à l'occasion d'une décision rendue par défaut et susceptible d'opposition par la Commission nationale d'appel des Conflits d'affiliation aux Caisses d'Allocations Vieillesses des travailleurs non salariés.

recours en cassation, la décision de la section (100). Il faut nuancer l'affirmation selon laquelle la tierce-opposition est exclusive du recours en cassation en précisant que l'impossibilité ainsi créée ne joue qu'à l'encontre du tiers-opposant et ne modifie en rien les droits des parties à l'instance qui ne peuvent évidemment pas se prévaloir de la tierce-opposition, mais qui conservent la possibilité du recours en cassation. Les parties ayant participé à l'instance pourront, de la même façon, exercer un recours en revision sans être privées de la faculté d'introduire un recours en cassation.

§ 3. — Le caractère cumulatif du recours en révision et du recours en cassation.

515. — Le recours en revision intenté à la suite de l'application de faits nouveaux ou nouvellement connus permet à une juridiction de revenir elle-même sur sa décision.

Les arrêts Barety et Grandmaison, rendus peu après l'arrêt d'Aillières dans des espèces identiques, mais introduites après que le législateur eût autorisé par une ordonnance du 13 septembre 1945 le pourvoi en revision contre les décisions du jury d'honneur, posèrent pour principe que ce recours n'était *pas exclusif du recours en cassation* (101). Le recours en revision ne fera pas obstacle à ce que le Conseil d'Etat soit saisi par voie de cassation d'une requête dirigée contre la décision d'une juridiction, rendue en dernier ressort et faisant grief aux intéressés. Solution normale si l'on admet que ces deux recours n'ont pas le même domaine d'application : à l'occasion de l'instance en révision, le juge aura les mêmes pouvoirs que lors de l'instance primitive, alors que le juge de cassation, qui sera le Conseil d'Etat, n'opérera qu'un contrôle de légalité. Les deux recours ne font pas double emploi, puisqu'ils seront fondés sur des moyens totalement différents : fait nouveau dans un cas, violation de la loi dans l'autre (102).

516. — *Conclusion du chapitre.* — Soit qu'elles se cumulent avec le recours en cassation, soit qu'elles en soient exclusives, les différentes

(100) C.E., 7 juin 1935, « Syndicat des Médecins de la Haute-Savoie », Rec. p. 666. Cf. également, C.E., 24 juin 1949, Sté Anonyme des Entreprises Aichinger, Rec. p. 305.

(101) C.E. Ass., 2 mai 1947, Fauchon, Barety, de Grandmaison, R.D.P., 1947, note Waline, pp. 90 et s., voir *supra*, pp. 315-316.

(102) Voir M. Waline (*loc. cit.*, p. 90). Cette jurisprudence aura des conséquences pratiques importantes, notamment en ce qui concerne les demandes en révision de pensions pour aggravation d'infirmité. Dans ce contentieux, comme dans les autres, le pourvoi en cassation doit toujours être admis même si la juridiction inférieure a déjà statué sur le pourvoi en révision, car « l'annulation par le Conseil d'Etat de la première décision ne porte que sur le passé », comme le fait remarquer M. Peiser, alors que la « seconde décision elle, n'a d'effet que pour l'avenir et ne modifie pas les effets passés » (*op. cit.*, p. 228).

voies de recours n'altèrent pas le caractère de droit commun du recours en cassation qui demeure, en vertu des principes généraux de procédure, applicable dès lors qu'un texte formel ne lui préfère pas une autre voie de recours, à la seule condition que la décision soumise au contrôle de cassation soit définitive et rendue en dernier ressort. Toutes les juridictions administratives relèvent ainsi de la censure du Conseil d'Etat ou de l'un de ses démembrements. Devenant juge suprême et incontesté de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat exerce par le recours en cassation un contrôle minimum de la légalité et assure l'unité d'interprétation du droit public.

LIVRE II

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE CONSACRANT LES VOIES DE RETRACTATION

517. — **On parle de voie de rétractation lorsque le nouvel examen de l'affaire contestée est fait, non par une juridiction supérieure, mais par la juridiction qui avait déjà statué.**

Les voies de rétractation contre les décisions des juridictions administratives n'ont pas fait l'objet de principes aussi solennellement formulés que ceux relatifs aux voies de réformation. Il faut attribuer cette modestie du Conseil d'Etat au caractère assez exceptionnel des voies de rétractation : l'opposition, la tierce-opposition et le recours en rectification d'erreur matérielle sont souvent négligés, sinon ignorés par les justiciables qui préfèrent confier à une juridiction supérieure le soin de réformer, de casser ou d'annuler le jugement reprochable. La doctrine a, elle aussi, fait preuve d'une grande timidité et qualifié de règles générales de procédure des institutions qui, en réalité, étaient des principes généraux.

Mais ceux-ci ne se sont pas penchés sur toutes les voies de rétractation. Le Conseil d'Etat a refusé d'introduire, dans le silence des textes exprès, le recours en revision (ou requête civile) contre les décisions des juridictions administratives. En revanche, l'opposition, la tierce-opposition et le recours en rectification d'erreur matérielle sont garantis par les règles non écrites :

— les principes de l'opposition et de la tierce-opposition (chapitre I^{er}).

— le principe du recours en rectification d'erreur matérielle (chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

Les principes de l'opposition et de la tierce-opposition

518. — L'opposition et la tierce-opposition sont des voies de recours qui permettent d'obtenir la rétractation de la décision contestée d'une juridiction par cette juridiction elle-même. Par ces deux institutions un défendeur défaillant ou un tiers intéressé qui n'ont pas pu faire valoir leur droit à l'instance obtiennent que celle-ci soit annulée et reprise par la juridiction qui a méconnu leurs droits.

L'opposition et la tierce-opposition n'ont jamais été considérées jusqu'ici comme des principes généraux de procédure ; tout au plus, leur reconnaissait-on le caractère de « règles générales » (1), c'est-à-dire d'institutions issues du Code de Procédure civile. L'opposition, interdite contre les jugements des tribunaux administratifs par le décret du 10 avril 1959, semblait même avoir perdu définitivement cette qualité. Non seulement, rien ne permet de l'affirmer, mais tout milite, au contraire, en faveur de son accession au rang des principes généraux au même titre que la tierce-opposition. Quelle est alors la place de ces deux voies de rétractation dans les éléments de la procédure protégés par les principes généraux ?

Elles participent, en premier lieu, de la théorie générale des voies de recours dans l'instance : tout comme l'appel, elles permettent à l'instance d'être prolongée. En second lieu, si le droit à l'action n'a été ni appliqué ni respecté pleinement, il appartient de le « restituer » à son titulaire (qu'il soit dans une situation de défendeur ou de tiers) par l'opposition ou la tierce-opposition. Celles-ci développent, enfin, le principe général du caractère contradictoire de la procédure qui impose que l'instruction et le jugement d'une affaire soient contradictoires à l'égard de toutes les parties (2). Le défendeur et le tiers dont les préten-

(1) Voir *infra*, p. 341.
(2) Voir *infra*, « Les droits de la défense », pp. 367 et s.

tions n'ont pu être ni entendues ni débattues contradictoirement au cours de l'instance ont un droit à les faire valoir. L'opposition le garantit au défendeur défaillant et la tierce-opposition au tiers (3).

Section I

LE PRINCIPE GENERAL DE L'OPPOSITION

519. — L'opposition est la voie de recours offerte à la partie défaillante contre les jugements rendus par défaut. Pour se dérouler dans une atmosphère favorable aux parties, l'instance doit être ouverte le plus largement possible au justiciable qui est en droit d'espérer que toute décision qu'il estime défavorable à ses intérêts puisse être réformée, soit par une juridiction supérieure à celle qui l'a rendue, soit par la même juridiction. La première hypothèse est consacrée par les principes généraux de l'appel, la seconde l'est par ceux de l'opposition, fâcheusement limitée par le décret du 10 avril 1959.

Le droit de faire opposition à un jugement est reconnu à celle des parties qui, mise en cause, n'a pu présenter ses moyens de défense et qui éprouve un préjudice de la décision dont elle demande la rétractation (4) à la juridiction qui l'a rendue. Le caractère inquisitoire de la procédure administrative a limité son importance tant que les juridictions spéciales ont été peu nombreuses. *Seuls les principes généraux ont permis au Conseil d'Etat d'imposer par elle une procédure réellement contradictoire devant toutes les juridictions.*

Procédure administrative et procédure civile ont, l'une et l'autre, envisagé l'opposition comme principe général jusqu'à ce que le législateur, pensant moins à protéger les droits de la défense qu'à mettre un terme à certaines manœuvres dilatoires, ait considérablement réduit la portée de ce principe général. Nous verrons successivement le principe de l'opposition avant et après le décret du 10 avril 1959, puis les conditions actuelles de son application.

(3) L'instance est le cadre naturel de la violation dont sont victimes le défendeur et le tiers défaillant dont les droits sont rétablies par les voies de rétractation. C'est pourquoi nous pouvons étudier l'opposition et la tierce-opposition dans ce développement consacré aux voies de recours. Certains estiment cependant que les voies de rétractation, et notamment l'opposition, font partie des droits de la défense. Voir Debbasch, *op. cit.*, p. 166 : « Les droits de la défense sont protégés par la voie de l'opposition. » Ils protègent effectivement les droits de la défense, mais ne doivent pas en recevoir la *qualification.*

(4) Cf. Jurisclasseur Adm. Cf. G. Maleville, Fasc. 619, n^{os} 92 à 107.

§ 1. — L'opposition, principe général de procédure avant le décret du 10 avril 1959.

520. — La nature de l'opposition n'a jamais été éclaircie. Elle pouvait apparaître comme une règle générale de procédure, bien qu'elle fût en réalité un principe général dont elle a les trois qualités essentielles. L'opposition est applicable devant toutes les juridictions, et cela en dehors de tout texte précis. Enfin, elle n'est pas une transposition directe du Code de Procédure civile.

A. — L'opposition est applicable devant toutes les juridictions administratives.

521. — Institution ancienne de la procédure administrative (5), l'opposition fut admise contre les décisions du Conseil d'Etat rendues par défaut, par l'article 29 du décret du 22 juillet 1806. Dès avant 1889, dans le silence des textes spéciaux, une jurisprudence constante en admettait la recevabilité contre les arrêtés des Conseils de Préfecture. En 1865, le Conseil d'Etat constate qu'une « commune n'a produit « aucune défense, malgré les invitations qui lui ont été faites ; qu'il « suit de là que l'arrêté précité (du Conseil de Préfecture) a été « rendu par défaut et que, dès lors, c'est à tort que l'arrêté attaqué a « déclaré non recevable l'opposition de la commune » (6).

Cette première extension de l'opposition au Conseil de Préfecture, consacrée législativement en 1889 (7) fut suivie par d'autres qui rendirent applicables l'opposition à l'ensemble des juridictions administratives. La Commission supérieure de contrôle des soins gratuits et celle de contrôle des Banques donnèrent l'occasion au Conseil d'Etat dans les importants arrêts Caubet (8) puis Desseaux (9) de préciser la valeur de ce principe applicable à toutes les juridictions, à condition qu'il ne soit pas contraire à leur organisation. Mais le Conseil d'Etat, avant le décret du 10 avril 1959, ne précisa jamais les règles d'organisation à l'encontre desquelles le principe général ne pouvait aller.

B. — L'opposition est applicable dans le silence des textes précis.

522. — La jurisprudence Caubet (C.E. 9 juin 1939 Rec. p. 382) formula les conditions d'application de l'opposition qui sont celles des

(5) Elle était déjà réglementée par l'ordonnance de 1667 qui ne l'admettait que contre les décisions rendues en dernier ressort.

(6) C.E., 7 avril 1865, Commune d'Allauch, Rec. Macarel, p. 413.

(7) Art. 52 et 55 de la loi du 12 juillet 1889.

(8) C.E. Ass., 9 juin 1939, Rec. p. 382.

(9) C.E., 12 septembre 1956, note Drago, D. 1956.J.758 ; concl. Lasry, R.D.P., 1957, p. 115.

principes généraux de procédure. La loi de 1919 prévoyait en matière de pensions, que certaines contestations relatives au domicile des pensionnés indigents seraient connues par une commission dont les décisions contestées relèveraient en appel d'une commission supérieure. Du silence du législateur la Haute Assemblée conclut que les voies de recours ordinaires, et notamment celle de l'opposition, restaient ouvertes au sieur Caubet dans les conditions du droit commun. En 1956, le Conseil d'Etat est allé plus loin en estimant que la loi du 13 juin 1941 sur l'organisation des Banques aux termes de laquelle les décisions de la Commission supérieure des Banques n'étaient « susceptibles de recours que pour excès de pouvoir » (10) ne faisait pas obstacle à l'opposition. Ce dernier arrêt rappelle évidemment l'exégèse hardie des textes à laquelle se livre le Conseil d'Etat (11) et suscite une remarque qui permettra de préciser la nature exacte de l'opposition.

Non seulement l'opposition est ouverte dans le silence des textes, mais elle l'est encore malgré un texte apparemment contraire. Le Conseil d'Etat décide à la suite « plutôt d'affirmations que de raisonnement fondés », pour reprendre l'expression de M. Drago, qu' « *aucune disposition législative expresse* » n'a écarté l'opposition devant la commission de contrôle des banques. Or l'exégèse de la loi de 1941 aurait pu apporter la preuve contraire si l'on n'avait pas « singulièrement négligé le vœu du législateur » (12). Mais n'est-ce pas l'une des caractéristiques du principe général de procédure que de forcer la pensée du législateur ? Une simple règle générale de procédure n'aurait pas eu la même autorité.

C. — L'autonomie de l'opposition administrative.

523. — Est-ce parce que l'opposition est prévue minutieusement par le Code de Procédure civile, mais constitue aussi une règle non écrite du droit judiciaire (13), que l'on a été tenté de faire d'elle une simple règle générale de procédure administrative ?

Le Code de Procédure n'a pourtant influencé que très indirectement l'opposition administrative dont l'autonomie apparaît sur trois points :

(10) C'est-à-dire de recours en cassation.

(11) Voir *supra*, 1re partie, « Les principes généraux de Procédure et la loi écrite », pp. 135 et s.

(12) Drago, note précitée sous C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1957.J.757.759.

(13) La Cour de cassation a en effet estimé que l'opposition était « une voie de droit commun ouverte aux défaillants pour attaquer des décisions de justice rendues à leur préjudice... *Ce principe fondamental du droit de défense ne reçoit d'exception que dans les cas déterminés par la loi.* » Cass. civ., 26 août 1879, D.P. 1880.I.128.

Il s'agit d'une jurisprudence constante. Il faut noter qu'à la différence de la procédure administrative, le caractère de principe de l'opposition est justifié ici par le principe fondamental du « droit de défense » et non pas celui de l'existence des voies de recours. Cependant en contentieux administratif l'idée de respect des droits de la défense est sous-jacente. Cf. *supra*, p. 339.

— L'opposition, telle qu'elle était prévue aux articles 162 et 455 du Code de Procédure, avant les modifications du décret-loi du 30 octobre 1935 et les réformes de 1942 et 1958 n'a jamais dépassé le cadre judiciaire. On était amené à distinguer en procédure civile le défaut faute de comparaître du défaut faute de conclure et du défaut profit joint, alors que le contentieux administratif, ignorait ces classifications restrictives (14).

— Au surplus, toutes les décisions judiciaires ne pouvaient faire l'objet de l'opposition puisque les ordonnances de référé, et celles d'injonction de payer étaient irrecevables (15) alors que le Conseil d'Etat a admis l'opposition contre les ordonnances de référé au Président du Tribunal administratif (16).

— Enfin le juge administratif n'a jamais fait sienne la réforme des articles 455 et 456 (17) du Code de Procédure civile qui n'interdit pas l'acte d'appel de la partie défaillante pendant le délai de l'opposition. Cette réforme heureuse aurait cependant pu trouver sa place dans le contentieux administratif (18). Seuls les textes propres au Conseil d'Etat et aux anciens Conseils de Préfecture ont permis l'application de l'opposition à l'ensemble des juridictions administratives. Une interprétation différente paraît dénuée de fondement sûr et ne correspond en rien au régime de l'opposition administrative (19).

L'autonomie de l'opposition administrative semble néanmoins contradictoire avec la jurisprudenec Desseaux (20) qui voit expressément en elle une règle générale de procédure. La commission de Contrôle des Banques lorsqu'elle remplit certaines fonctions, est une juridiction « devant laquelle doivent être respectées les règles géné-

(14) La jurisprudence récente introduit cependant une certaine distinction et repousse le défaut, faute de comparaître : « La procédure devant les juridictions des dommages de guerre est principalement écrite ; (que) la procédure orale n'en est que l'accessoire facultatif et qu'elle ne comporte pas de procédure faute de comparaître » (C.E., 29 avril 1964, sieur Poncin, Rec. p. 266).

A ces différences importantes de fond entre l'opposition en procédure civile et administrative, il faut ajouter un détail formel qui montre que la source originelle administrative ne se situe plus dans le Code de Procédure. Lorsque le Conseil d'Etat mentionne l'existence d'une règle procédurale judiciaire applicable par les juridictions administratives, il n'omet généralement pas de citer expressément la disposition du Code de Procédure civile qui contient la règle du droit judiciaire qu'il emprunte. Il n'en est rien, à notre connaissance, dans aucun des arrêts qui applique l'opposition en dehors de tout texte précis.

(15) Cf. D. Parisot et A. Jauffret, « Manuel de procédure civile et voies d'exécution », L.G.D.J., 1962, n^{os} 275, 285, 291, 306 et s. et 461.

(16) C.E. Sec., 14 mars 1958, sieurs Garnier et autres, Rec. p. 170.

(17) Il est devenu l'article 445 (par la loi du 23 mai 1942) après refonte du titre consacré à l'appel. L'article 456 nouveau dispose : « L'appel par la partie défaillante d'un jugement susceptible d'opposition sera recevable même avant l'expiration du délai d'opposition. »

(18) Voir *supra*, p. 293.

(19) Voir également *infra*, pp. 346 et s.

(20) C.E., 12 octobre 1956, déjà cité p. 342.

« rales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une « disposition législative expresse ou n'est pas inconciliable avec l'orga- « nisation de la juridiction..., qu'au nombre de ces règles figure celle « selon laquelle les décisions rendues par une juridiction peuvent « être contestées par la voie de l'opposition ».

L'arrêt Desseaux est un exemple de rédaction classique du Conseil d'Etat lorsqu'il constate l'existence d'une règle générale de procédure et en réclame l'application. Il est cependant permis de mettre en doute la qualification donnée en l'espèce après les constatations faites précédemment. Il résulte de celles-ci que l'opposition, malgré la dénomination jurisprudentielle qui lui est conférée, est cependant un véritable principe général de procédure : il est *innomé* dans l'arrêt Caubet et mal nommé dans l'arrêt Desseaux.

Dans ces conditions, on peut conclure qu'avant la réforme de 1959, l'opposition était un véritable principe général de procédure parce qu'elle en avait les caractéristiques, bien que le Conseil d'Etat le qualifiât de règle générale de procédure.

§ 2. — Les effets du décret du 10 avril 1959 sur le principe général de l'opposition (21).

524. — L'article 52 nouveau de la loi du 22 juillet 1889, modifié par le décret du 10 avril 1959, dispose : « Les jugements des Tribunaux administratifs ne sont pas susceptibles d'opposition ». La refonte apportée à l'opposition administrative, calquée sur celle de la procédure civile (22) et inspirée par un souci de moralisation et d'accélération de la procédure, marque, pour certains auteurs (23) la fin de l'opposition en tant que voie ordinaire de recours ou, en d'autres termes, en tant que principe général de procédure.

En réalité, la suppression de l'opposition aux jugements des tribunaux administratifs a eu pour objet unique de mettre fin à certaines manœuvres dilatoires du défendeur, en ne lui laissant plus que la voie de l'appel. La portée de la réforme est limitée à cela et elle ne supprime l'opposition que devant les seuls Tribunaux administratifs.

Deux raisons permettent de croire que le principe général de procédure demeure, même si sa portée a été limitée :

— Le décret du 10 avril 1959 ne constitue qu'une limitation restreinte à l'opposition devant les Tribunaux administratifs, mais ne signifie pas sa disparition devant les autres juridictions administratives.

(21) Cf. F. MEJEAN, « La réforme de la procédure administrative », Revue administrative, 1959, pp. 144-159.

(22) L'article 3 du décret 58-1289 du 22 décembre 1958 supprime la possibilité de l'opposition à un jugement susceptible d'appel, ce qui est le cas de la plupart des décisions rendues en premier ressort.

(23) Cf. ODENT, *op. cit.*, p. 628, note 1, *contra*, AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 1420.

— Un décret ne peut pas anéantir un principe général. Il importe donc de voir la portée de la limitation nouvelle et de discuter l'opportunité de la réforme par voie réglementaire.

525. 1. — *La limitation du principe de l'opposition.* — Le décret du 10 avril 1959 ne s'applique qu'aux Tribunaux administratifs (24) et non pas à l'ensemble des juridictions administratives. L'opposition reste ouverte contre les décisions du Conseil d'Etat (25). Les jugements par défaut des juridictions spéciales peuvent toujours être frappés par l'opposition (26). L'exception des Tribunaux administratifs doit être interprétée strictement (27). Le principe général, bien que sa portée ait été restreinte, demeure intact.

526. — 2. *L'opportunité de la réforme par voie réglementaire.* — Un texte réglementaire peut-il mettre un terme à un principe ou une règle générale de procédure aussi bien « garantie » que l'était l'opposition par l'arrêt Desseaux ? La théorie générale des principes de procédure s'y oppose formellement (28). Au surplus, dans le cas particulier de l'opposition, rien ne permettait de déroger à la règle à laquelle l'arrêt Desseaux (29) avait souscrit en rappelant que cette voie de rétractation ne pouvait être « écartée (que) par une disposition législative expresse ».

Peu importe que l'existence de l'opposition soit expliquée par un principe ou par une règle générale de procédure, puisque seule la garantie de l'institution (et non sa nature) est en cause. Le problème demeure donc intact, mais est compliqué par l'intervention entre l'arrêt Desseaux et le décret du 10 avril 1959 des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. L'article 34, alinéa 5, interprété *a contrario* range la procédure contentieuse civile (30) et administrative (à l'exclusion de la procédure pénale) dans le domaine réglementaire. Mais le pouvoir réglementaire autonome doit respecter les principes

(24) Le décret du 10 avril 1959 n'a pas été étendu aux Conseils du Contentieux d'Outre-Mer contre les jugements desquels l'opposition reste recevable. Voir A. Homont, « Contentieux administratif d'Outre-Mer », Juris. adm., Fasc. 780, n° 33.

(25) C.E., 5 octobre 1962, « Régie autonome des transports de la ville de Marseille », Rec. p. 1087 ; C.E., 8 novembre 1963, « Commune de Castelmoron-sur-Lot », Rec. p. 544.

(26) Article L. 88 du Code des Pensions civiles et militaires de la guerre. L'opposition est recevable contre les jugements du Tribunal départemental des Pensions. La solution est identique pour la section permanente du Conseil Supérieur de l'Aide Sociale (art. 95 et 96 du décret du 2 septembre 1954 dans la rédaction du décret du 10 mars 1958).

(27) Voir dans ce sens, Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1442. Il faut noter que pour ces auteurs l'opposition s'apparente plus aux règles générales qu'aux principes généraux de procédure.

(28) Voir *supra*, 1re partie, pp. 48 et s.

(29) C.E., 12 octobre 1956, déjà cité *supra*, p. 342.

(30) Le Code de Procédure civile a été modifié par le décret du 22 décembre 1958.

généraux du droit et de la procédure (31). Faut-il conclure que, sur ce point, le décret de 1959 est illégal si l'opposition est réellement un principe ou même une Règle générale de procédure à valeur législative (32) ? En réalité, pour fâcheux que soit le texte, il *n'entame pas le caractère de principe* de l'opposition, mais en *modifie* seulement les *conditions d'application.* En ce sens le décret du 10 avril 1959 est tout à fait légal (33).

§ 3. — Les conditions d'application de l'opposition devant les juridictions administratives.

527. — En dépit du décret de 1959 (34), l'opposition a encore une importance pratique très grande puisqu'elle permet à tout défendeur défaillant de faire opposition à une décision rendue par défaut par toute juridiction administrative, à l'exception des Tribunaux administratifs. Les juridictions spéciales, peu enclines à protéger les droits des particuliers, mais gagnées par un autoritarisme professionnel ou administratif, selon leur composition, rendent des décisions qui préjudicient fortement à un défendeur trop tardivement informé de l'importance de la procédure engagée contre lui. L'opposition pourra donc s'appliquer à toutes les juridictions dont la procédure est assez mal organisée (35) et exercera une garantie bénéfique sur l'instance et les droits de défense. Les conditions de mise en œuvre de l'opposition sont relatives aux parties et aux décisions.

— Seul le défendeur défaillant pourra introduire le recours. La défaillance sera appréciée en fonction du caractère écrit de la procédure administrative. Ainsi, la personne qui n'aura pas été à même de produire de mémoire en défense sera recevable dans son opposition (36). La détermination de la personne défaillante est malaisée quand l'Etat est en cause, notamment en matière de recours pour excès de pouvoir. Une solution subtile a été dégagée qui n'altère pas l'originalité du recours objectif. L'effet *erga omnes* des arrêts d'annulation subsiste, que l'opposition réussisse ou qu'elle échoue (37).

(31) Voir *supra,* 1re partie, pp. 120-123 et G. Vedel, note sous Sté Eky, C.E., 12 février 1960, J.C.P., II, 11.629 et C.E. 1959, « Syndicat des Ingénieurs Conseils », précité, R.D.P., 1959, p. 1004.

(32) Opinion contraire, Heurte, « Les règles générales de procédure », *in* A.J.D.A., 1964.1.4.9. Voir *supra,* 1re partie, p. 172.

(33) *Contra,* Auby et Drago, *op. cit.,* nos 903 et 1434.

(34) Sur les difficultés créées par l'entrée en vigueur du décret. Cf. T.A. d'Oran, 7 décembre 1959, Gimenez et Sté des lignes télégraphiques, concl. M. Petitdemange, A.J., 1960.II.31.

(35) Cf. Auby et Drago, *op. cit.,* p. 344, T. 3.

(36) C.E., 9 décembre 1932, Ackein, Rec. p. 1060 ; C.E., 6 mai 1949, Vauzelle, Rec. p. 204 ; C.E., 7 août 1905, Tilleau, Rec., p. 627 ; C.E., 11 janvier 1959, Sassier, Rec. p. 322.

(37) Voir P. Weil, « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », p. 116, Th. Ed. Pédone, 1952.

— L'opposition est ouverte contre toutes les décisions des juridictions administratives et elle est recevable en tout contentieux.

A la différence du droit judiciaire, elle peut être accueillie non seulement contre les jugements définitifs mais aussi contre les ordonnances de référés (38). Pendant une certaine période elle fut écartée du contentieux de l'excès de pouvoir, mais le Conseil d'Etat a estimé assez rapidement que le principe de légalité ne pouvait être correctement respecté sans l'opposition et que les droits des particuliers, au service desquels se trouve le contentieux de l'annulation, exigeaient son extension à ce domaine. Solution hardie comme le montre la jurisprudence Ackein si l'on estime qu'il n'y a pas de défendeur dans une telle instance. La « nomination » par voie autoritaire du sieur Ackein comme notaire avait été annulée, à la requête d'un tiers intéressé, par le Conseil d'Etat sans que le notaire « mis en cause par la communication qui lui a été donnée du pourvoi, ait produit d'observations » (39). Son opposition fut déclarée recevable.

— Le régime de l'opposition pose un dernier problème, celui des délais, qui est à l'origine des mésaventures du principe général. L'opposition, qui doit être motivée et qui n'est pas suspensive, ne peut être formée que dans le délai de deux mois à compter du jour où la décision rendue par défaut a été notifiée. L'opposition étant exclusive de l'appel (40), celui-ci est paralysé pendant ce délai de deux mois dès lors qu'un jugement a été rendu par défaut. L'opposition risque ainsi de devenir une manœuvre dilatoire, comme le montrent dans une certaine mesure, les arrêts Desseaux et Préfet de la Gironde (41).

528. — *Conclusion de la section.* — L'opposition est donc une voie ouverte en vertu des principes généraux, au défendeur défaillant contre les décisions rendues par défaut par toutes les juridictions administratives, sauf si un texte l'interdit expressément devant l'une d'entre elles (ex. décret 10 avril 1959). L'opposition, par son champ d'application immense est une voie de recours qui autorise des rebondissements de l'instance qu'aucune autre voie n'accorderait.

et C.E., 7 juin 1957, Préfet de la Gironde, note M. Waline, R.D.P., 1958.101 et s. M. Waline écrit, « Le Conseil d'Etat nous donne dans cette affaire une occasion de relever la subtilité et la complication de raisonnement... »

(38) Voir *supra*, p. 343.

(39) C.E. Ass., 9 décembre 1932, Ackein, Rec., p. 1060.

(40) C.E., 2 janvier 1957, Sercan, Rec. p. 3, voir Jacquemart, *op. cit.*, pp. 107 et s. La même solution vaut pour le recours en cassation, voir *supra*, pp. 285-286. et C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, précité et C.S.P., 19 mars 1952, Poggionovo, Rec. Tables, p. 785.

(41) Voir *supra*, pp. 341 et s. Notons enfin que si l'opposition est déclarée recevable et acceptée, elle remet les parties dans le même état que celui où elles étaient avant la décision qui a fait l'objet de l'opposition.

Section II

LA TIERCE-OPPOSITION

529. — La tierce-opposition est, elle aussi, une voie de recours extraordinaire ouverte à ceux qui n'ont été ni appelés ni représentés ou qui ne sont intervenus spontanément dans une instance contentieuse à la suite de laquelle a été rendu un jugement qui préjudicie à leurs droits. Régie à l'heure actuelle par l'article 79 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 par le Conseil d'Etat et l'article 55 nouveau de la loi du 22 juillet 1889 pour les Tribunaux administratifs, elle est en réalité *un principe général de procédure qui s'applique à toutes les décisions de l'ensemble des juridictions administratives* (42). Elle développe l'instance dans ses limites les plus reculées et assure son caractère contradictoire, négligé par le juge administratif qui aurait dû, en vertu de ses pouvoirs inquisitoires, appeler de lui-même les tiers à l'instance. N'est-ce pas la fonction des Principes généraux de bouleverser, le cas échéant, les données traditionnelles de la procédure ? (43).

Affirmer que la tierce-opposition est un principe, c'est aller à l'encontre d'une jurisprudence fermement établie depuis l'arrêt Boussuge (44) qui fait de cette institution une simple règle générale de procédure. Les arguments invoqués pour la reconnaissance du principe de l'opposition (45) peuvent être repris ici et complétés par une remarque supplémentaire. Le principe est si fort qu'il impose la tierce-opposition à tous les jugements, y compris aux décisions d'annulation pour excès de pouvoir, en dépit de l'effet *erga omnes* dont elles sont entourées. La démonstration de la qualité de la tierce-opposition peut être faite dans une double direction :

— La tierce-opposition est une voie de rétractation devant toutes les juridictions (§ 1).

— La tierce-opposition voie de recours contre tous les jugements (§ 2).

(42) Cf. A. Heurte, « La tierce-opposition en droit administratif », D. 1955, chr. pp. 66-72 et J. Kritter, « La tierce-opposition en droit administratif », Thèse, Paris, 1935. P. Weil, « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Thèse, Paris 1952, pp. 117-124.

(43) Voir Introduction, pp. 17 et s.

(44) C.E., Boussuge, 29 novembre 1912, concl. Blum, Rec. p. 1128, note Hauriou, S. 1914.3.33. Les conclusions Blum étaient opposées à la recevabilité de la tierce-opposition à l'espèce (recours pour excès de pouvoir).

(45) Voir *supra*, pp. 341 et s. Valeur législative du principe et autonomie de l'institution par rapport au Code de Procédure civile. La tierce-opposition s'est rapidement détachée de l'article 474 dudit Code qui permettait originairement son application.

§ 1. — La tierce-opposition, voie de rétractation devant toutes les juridictions.

530. — Si la tierce-opposition a été prévue, dès l'origine devant le Conseil d'Etat par la législation de 1806 (46), elle ne l'a été qu'en 1889 devant les Conseils de Préfecture et ne l'est pas devant la plupart des juridictions administratives spéciales. Le tiers intéressé peut demander à toute juridiction, en dehors de tout texte précis, de réformer sa propre décision. Cette solution a été admise très rapidement pour les Conesils de Préfecture et la responsabilité en incombait au rédacteur du Code de Procédure civile qui l'avait organisé à l'article 474 de son œuvre. Conformément à l'opinion de la doctrine, le Conseil d'Etat admit que l'article 474 selon lequel « une partie peut « former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits « et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés », était applicable aux décisions des Conseils de Préfecture (47).

Selon un processus curieux, mais courant dans le développement des principes généraux, le Conseil d'Etat ne vise pas la législation de 1806 qui prévoyait la tierce-opposition à ses propres arrêts, mais l'article 474 du Code de Procédure civile (48). Il est donc fait de l'article 474 une utilisation abusive par le Conseil d'Etat. Par lui-même il était insusceptible d'ouvrir la tierce-opposition devant ces juridictions administratives (49). La généralisation de la tierce-opposition aux autres juridictions est acquise alors rapidement. Le tiers peut s'opposer aux jugements des juridictions des pensions, des commissions nationales d'appel des conflits d'affiliation aux Caisses d'Allocation vieillesse (50) et de toute autre juridiction.

L'arrêt Boussuge de 1912 (51) n'est pas le fondement de cette jurisprudence, comme certains ont pu l'avancer (52). En effet, il ne prévoit pas l'existence de la tierce-opposition en dehors de tout texte précis, mais seulement son extension à certains jugements. Si l'on replace cette

(46) Le Conseil d'Etat la considérait, bien qu'elle fût organisée devant lui, par un texte comme une règle générale de procédure, applicable à ses propres jugements, voir *infra*, p. 350 et C.E., Boussuge, 29 novembre 1912, précité.

(47) C.E., 12 décembre 1866, commune de St-Pierre-lès-Brity, Rec. p. 1131 ; C.E., 28 avril 1882, ville de Cannes, Rec. p. 387. M. Heurte (*op. cit.*, p. 67) cite des décisions beaucoup plus anciennes dont l'une du 13 juin 1824, Duparc.

(48) Cette méthode fut critiquée par certains auteurs. Voir Laferrière, *in* « Traité de la juridiction administrative », T. 2, p. 565, Ed. 1896. Ce n'est pourtant que plus tard, et pour d'autres juridictions que l'article 474 sera qualifié de règle générale de procédure.

(49) Voir *infra*, pp. 353 et s.

(50) C.E., 28 janvier 1959, « Caisse Nationale d'Allocation Vieillesse », Rec., p. 77.

(51) C.E., 29 novembre 1912, concl. Blum, Rec. pp. 1128 et s., déjà cité p. 254, voir *infra*, p. 351.

(52) Voir Kritter, *op. cit.*, p. 121, *contra* Heurte, *loc. cit.*, p. 68.

jurisprudence dans son cadre véritable, il faut donc attribuer la naissance de la tierce-opposition en tant que principe à un mouvement jurisprudentiel moins brutal, mais plus général.

§ 2. — La tierce-opposition est ouverte aux tiers lésés contre toutes les décisions juridictionnelles.

531. — Ouverte contre tous les jugements (53), la tierce-opposition est recevable même contre ceux revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée, alors que le juge judiciaire ne l'admet pas dans de telles circonstances (54). C'est à son caractère de principe général qu'il faut attribuer cette originalité.

A. — La tierce-opposition et l'autorité absolue de la chose jugée.

532. — L'origine judiciaire de la tierce-opposition et sa transposition dans le contentieux administratif ont posé avec acuité la question de savoir quels jugements pouvaient faire l'objet d'une telle voie de recours. La nature des litiges civils conduit à reconnaître normalement aux jugements la seule autorité relative de la chose jugée. En revanche, une partie du contentieux administratif, celui de l'annulation implique, par sa nature même, que les décisions juridictionnelles aient l'autorité absolue de la chose jugée. L'article 474, tronc commun de la tierce-opposition, était inapte à rendre compte de cette particularité (55). On comprend aussi les tergiversations et hésitations jurisprudentielles pour ouvrir la tierce-opposition aux décisions rendues sur recours pour excès de pouvoir, et les réactions passionnées des auteurs qui n'ont pu expliquer complètement les distorsions existant entre les principes juridiques et la jurisprudence (56). En effet, comment peut-on concilier le recours du tiers avec le principe de l'inoposabilité aux tiers de la chose jugée (si elle est relative) ou celui de l'opposabilité (en cas d'autorité absolue de la chose jugée) ? En recevant la tierce-opposition en matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat admet la possibilité d'une annulation de son propre arrêt d'annulation, ce qui fait revivre l'acte précédemment annulé par lui (57).

(53) Cf. Debbasch, *op. cit.*, pp. 131, 135, Heurte, *loc. cit.*, et Kritter, *op. cit.*, pp. 164 et s. Voir *supra* le texte de l'article 474.

(54) Il faut noter qu'elle l'est également dans le contentieux administratif des contraventions de grande voirie qui a un caractère répressif. Cf. C.E., 7 février 1962, Epoux Parein, obs. J.D., *in* A.J.D.A., 1962, II.513. En revanche, elle n'est jamais admise par le juge pénal. Ce point tend à montrer l'autonomie de la tierce-opposition administrative.

(55) Voir *supra*, p. 349.

(56) Cf. Lafferrière, *op. cit.*, T. 2, p. 566.

(57) P. Weil, *op. cit.*, p. 124.

L'arrêt Boussuge en 1912 (58) mit un terme aux indécisions jurisprudentielles antérieures (59) en acceptant par la voie de la tierce-opposition la rétractation d'un arrêt du Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir. Des approvisionneurs professionnels des Halles de Paris s'estimaient lésés par l'annulation d'un règlement d'administration publique qui avait pour effet d'autoriser les seuls cultivateurs et approvisionneurs ruraux à vendre leurs marchandises sur le carreau forain. L'annulation contentieuse du règlement avait fait revivre en faveur des cultivateurs un monopole d'approvisionnement. La tierce-opposition du Sieur Boussuge fut accueillie en ces termes par la Haute Assemblée : « Cette voie de recours est ouverte conformément à la règle générale posée par l'article 474 du Code de Procédure civile à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié. » L'arrêt Boussuge précise donc que la tierce-opposition à tout jugement est possible, même si celui-ci a un effet *erga omnes* (60).

Les critiques doctrinales n'ont pas épargné cette jurisprudence « résultat d'une inadvertance de la Haute Juridiction » (61), susceptible de sonner le glas du recours objectif (62).

533. — Deux remarques peuvent être faites qui expliquent la recevabilité de la tierce-opposition contre les arrêts d'annulation (63).

Loin d'être fondamentalement opposée à l'effet *erga omnes* la tierce-opposition n'en est que le corollaire. Tant qu'un jugement n'a qu'un effet relatif, les tiers peuvent toujours se retrancher derrière cet effet pour se soustraire à l'exécution du jugement à leur encontre. Au contraire, c'est quand un jugement est entouré de l'autorité absolue de la chose jugée que le tiers, à l'égard duquel le jugement produit des effets, a intérêt à s'opposer à son exécution. « En donnant au « Conseil d'Etat l'occasion de réexaminer sa décision, la tierce-oppo- « sition lui procure peut-être une chance de redresser une erreur et, « partant, de mieux défendre la légalité » (64). La tierce-opposition

(58) C.E., 29 novembre 1912, concl. L. Blum, Rec. p. 1135.

(59) Un arrêt antérieur avait admis la recevabilité de la tierce-opposition au recours pour excès de pouvoir : C.E., 28 avril 1882, ville de Cannes, Rec. p. 387. Un arrêt du 8 décembre 1899 annonce un revirement jurisprudentiel pour la raison que les instances en excès de pouvoir « n'ont pas le caractère de litiges entre particuliers » et que la décision d'annulation a un effet *erga omnes* (C.E., 8 décembre 1899, ville d'Avignon, concl. Jaegerschmidt, note Hauriou, S. 1900.3.73).

(60) L'arrêt est intéressant à deux autres plans : En premier lieu, il montre que la tierce-opposition n'est pas une simple exception, mais une voie de recours et, de façon plus exacte, une voie de rétractation. En second lieu, il montre que l'article 474 du Code de procédure est une règle générale qui permet aux tiers dont des droits définis ont été lésés de former une tierce-opposition à un jugement.

(61) Duguit, « Traité », 3e éd., T. 2, p. 497.

(62) Duguit, *op. cit.*, p. 499. Dans sa note sous l'arrêt Boussuge (précitée) Hauriou soutient le même point de vue.

(63) Voir P. Weil, *op. cit.*, pp. 121-123.

(64) Nguyen Quoc Dinh, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1960, p. 406.

est la voie logique et indispensable que seuls les principes généraux de procédure pouvaient accorder aux tiers.

Les limites auxquelles est astreinte la recevabilité de la tierce-opposition empêchent toute dérogation sérieuse à l'effet *erga omnes* des jugements. Elle n'est admise qu'en cas de jugement d'annulation. Cela signifie qu'une situation juridique ne peut être remise en cause, par un tiers, qu'au seul cas où ses intérêts risquent d'être gravement lésés par une situation juridique nouvelle créée par une décision d'annulation (65).

534. — Bien différente est la jurisprudence judiciaire. Seuls les jugements ayant l'autorité relative de la chose jugée peuvent faire l'objet d'une tierce-opposition. Elle n'est pas admissible contre les jugements de légitimation adoptive parce que « étant constitutifs d'un « nouvel état, (ils) emportent autorité de la chose jugée à l'égard de « tous, ils ne peuvent être attaqués par la voie de la tierce-opposition », estime la Cour de cassation (66). Cette solution est convenable pour les jugements de litiges entre particuliers, mais ne le serait pas quand le principe de la légalité est en cause. La tierce-opposition judiciaire est, sinon en droit du moins en fait, dirigée non pas contre un jugement, mais contre les seuls effets de ce jugement. L'article 474 semble même avoir envisagé la tierce-opposition comme une simple exception qui serait soulevée par une des parties non appelées à l'instance, elle n'impliquerait pas l'ouverture d'une instance nouvelle intrinsèquement différente de la première (67).

B. — Les conditions de recevabilité de la tierce-opposition.

535. — Le principe de procédure intervient dans toute sa plénitude quand les conditions de recevabilité relatives au tiers et à son droit sont remplies. Aux termes de l'article 474 du Code de Procédure civile, le tiers peut former opposition à un jugement, par la voie de la tierce-opposition, « s'il préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle (la partie) « ni celle qu'elle représente n'ont été appelées ». Beaucoup d'auteurs

(65) On peut se demander au plan pratique si, en ce domaine, la tierce-opposition n'est pas « un coup d'épée dans l'eau, une satisfaction purement théorique donnée aux intéressés » (Weil, *op. cit.*, p. 124). En effet, le nombre de tierce-oppositions accueillies favorablement est très restreint, le Conseil d'Etat ne voulant pas se déjuger.

(66) Cass. civ., 13 mai 1958, J.C.P., 1958.II.10.398, note Vismard. Des tribunaux inférieurs ont cependant adopté une position contraire, beaucoup plus logique : Tribunal civil de Valence, 16 mars 1955, Gaz. Pal., 1955.II.10 ; une telle jurisprudence restreint la portée de la règle de la tierce-opposition et cela contribue à lui ôter son caractère de voie de recours.

(67) Dans ce sens, cf. Heurte, *op. cit.*, p. 67. M. Debbasch qui critique la position contradictoire de la Cour de cassation n'accepte pas cependant d'aboutir à cette conclusion, *op. cit.*, p. 231.

estiment que cette formule lorsqu'elle émane du Conseil d'Etat, implique une reconnaissance de la tierce-opposition, en son principe et dans sa totalité comme règle non écrite. Sa portée est, en réalité, beaucoup plus restreinte ; elle signifie simplement que certaines conditions de recevabilité de la tierce-opposition sont, dans le silence des textes précis, régies par une règle dont l'article 474 est le fondement.

Les conditions de recevabilité sont au nombre de deux (68) : Il faut d'abord que le requérant n'ait été ni partie ni représenté à l'instance et ensuite qu'il justifie du préjudice à lui causé par le jugement dont il veut obtenir la rétractation.

536. — 1) *Le requérant n'a été ni partie ni représenté à l'instance.* — Cette condition répond à la fonction même de l'institution qui est de faire bénéficier un tiers intéressé de toutes les garanties qui auraient été les siennes s'il avait été défendeur. La tierce-opposition est ainsi une voie de recours qui participe de la protection due aux droits de la défense lorsque ceux-ci n'ont pu être respectés. Les parties à l'instance ne sont pas pour autant défavorisés par rapport au tiers puisque, en vertu d'un principe général de procédure, l'opposition leur est ouverte (69). La jurisprudence administrative a interprété de façon large la notion de requérant depuis l'arrêt Boussuge. Elle a pourtant rejeté les recours de « tiers absolus » et éprouvé des difficultés à définir la non-représentation à l'instance.

— Les tiers absolus sont les tiers qui ne sont pas directement visés par l'acte et sur lesquels le jugement « n'a que des répercussions indirectes » (70). C'est ainsi que l'on peut expliquer le rejet des requêtes introduites par les tiers dans le contentieux des immeubles menaçant ruine. Les locataires et voisins (tiers qu'un tel recours pourrait tenter) de l'édifice litigieux n'ont pas un intérêt suffisamment immédiat pour être déclarés recevables en leur recours (71).

Qu'entend-on enfin par personne non représentée ? Ce sont des personnes censées avoir été représentées par l'une des parties mais qui apportent la preuve de manœuvres frauduleuses qui auraient ôté toute

(68) D'autres conditions mises à la recevabilité de la tierce-opposition ne nous intéressent pas ici. L'article 55 nouveau du décret du 10 avril 1959 fixe un délai (de droit commun) de 2 mois à l'opposition du tiers. Ajoutons que la tierce-opposition est exclusive de certaines voies de recours (voir *supra*, p. 334).

(69) Voir *supra*, pp. 341 et s. L'appel et le recours en cassation leur sont également ouverts. Les parties à l'instance ne peuvent jamais former tierce-opposition, C.E., 15 décembre 1937, Préfet de la Gironde, Rec. p. 1044.

(70) P. Weil, *op. cit.*, p. 124.

(71) Dans le contentieux des meubles menaçant ruine, d'autres voies sont ouvertes aux tiers. Ils peuvent intervenir antérieurement au cours de l'instance aux côtés du propriétaire (C.E., 8 mars 1935, Lombardo) ou par le recours pour excès de pouvoir (C.E., 22 avril 1959, Delle Favoriti, R.P.D.A., 1959, n° 171). M. Gabolde explique l'irrecevabilité du recours des tiers par le caractère particulier du contentieux des immeubles menaçant ruine : police de la Sécurité (voir Ch. Gabolde, « Les édifices menaçant ruine », Juris. Class. adm., Fasc. 360, n° 61). La notion de tiers absolu nous paraît mieux expliquer le sort qui leur est fait.

signification à leur représentation (72). La tierce-opposition est, en conséquence, ouverte aux personnes qui auraient dû être appelées ou représentées normalement à l'instance et qui ne l'ont pas été pour une raison ou une autre, et aux tiers, au sens strict du terme (73).

537. — 2) *Le jugement a causé un préjudice réel au tiers opposant.* — La notion de préjudice que doit faire valoir le requérant n'est qu'une conséquence médiate des règles non écrites étudiées ici. La jurisprudence a décidé qu'il était inutile de justifier de la violation d'un droit, mais simplement d'apporter la preuve de la négligence d'un titre quelconque. Dès lors qu'une décision de justice préjudicie à une situation régulière et engendre un trouble d'ordre professionnel, moral ou financier, le recours du requérant sera accueilli.

§ 3. — La tierce-opposition est un principe général de procédure.

538. — Une fois précisé le rôle de l'article 474 du Code de Procédure civile dans le développement de la tierce-opposition, son caractère de principe apparaît nettement pour deux raisons :

— Le recours des tiers est recevable devant toutes les juridictions. Le fait que les tiers utilisent trop rarement la voie de rétractation qui leur est offerte n'enlève rien à la valeur de l'institution.

— Seul un principe général pouvait contraindre les juridictions administratives à retracer leurs jugements entourés de l'autorité absolue de la chose jugée. Il est de l'essence même des principes de régir des situations générales et non restrictives (74). L'article 474 du Code de Procédure, même adapté aux nécessités du contentieux administratif, n'aurait pu étendre à tous les jugements le recours en tierce-opposition. L'article 474 est donc faussement invoqué comme fondement de la tierce-opposition. Il n'impose pas son existence devant les juridictions administratives, mais fixe seulement les conditions de cette voie de recours et, à ce titre constitue une simple règle générale de procédure.

La tierce-opposition n'est donc pas une règle mais un principe général (74). Une voix isolée mais autorisée semble s'être élevée en ce sens.

(72) Cf. Jurisprudence citée par M. Kritter et M. Heurté et spécialement, C.E., 28 juin 1950, « Gouverneur général de l'Algérie », Rec. p. 442.

(73) C.E., 2 décembre 1932, Freillane, Rec. p. 1036. Mais ces derniers, même dans le contentieux électoral où la preuve de l'intérêt lésé est facile à apporter, n'utilisent que rarement la voie de recours qui leur est offerte.

(74) *Contra*, M. Heurte, *loc. cit.*, A.J.D.A., p. 18, 1964, écrit : « Il semble que la tierce-opposition soit une règle générale de procédure. » L'auteur était beaucoup plus affirmatif dans sa précédente étude de 1955, mais n'explique pas les raisons de ses doutes. Voir dans le même sens, M. Waline : « Les principes de procédure appliqués devant les tribunaux civils en vertu du Code de procédure civile sont applicables à défaut de la lettre même du Code, lorsque leur appli-

Dans les conclusions soutenues sur l'arrêt de Bayo en 1953, M. Chardeau déclarait : « Selon un principe général et formel de procédure civile « et administrative, la tierce-opposition n'est ouverte devant une juri- « diction... (75) » Expression claire d'une pensée précise, la réflexion du commissaire peut étonner, mais emporte la conviction. La tierce-opposition est donc garantie par un principe malaisé à discerner et mise en œuvre par une règle générale beaucoup plus affirmée.

cation n'est pas exclue par un texte particulier aux juridictions administratives et n'est pas contraire aux particularités d'organisation de ces dernières. » Note Waline, sous C.E., 29 mars 1957, R.D.P., 1957, pp. 1065-68, « Conseil National de l'Ordre des chirurgiens-dentistes ».

(75) C.E., 12 décembre 1953, de Bayo, concl. Chardeau, A.J.D.A., 1954.II.138.

CHAPITRE II

Le recours en rectification d'erreur matérielle

539. — Le recours en rectification d'erreur matérielle est une voie de rétractation par laquelle toute juridiction administrative peut réformer un jugement vicié par une erreur d'ordre matériel, susceptible d'avoir exercé une influence sur les motifs ou le dispositif du jugement (76). Ce recours subsidiaire permet au requérant d'obtenir la rétractation d'un jugement lorsqu'aucune autre voie de recours ne pourrait lui donner cette satisfaction (77). Ouvert en dehors de tout texte précis, le recours en rectification d'erreur matérielle s'inscrit dans le cadre de la théorie des voies de recours. Son origine judiciaire ne doit pas être surestimée, car les articles 480 et suivants du Code de Procédure civile ont institué une procédure judiciaire parallèle sous le nom de requête civile, beaucoup plus large que le recours en rectification en erreur matérielle. L'analyse historique du recours en rectification en erreur matérielle permet de comprende son caractère prétorien et conduit à s'interroger sur la nature de ce recours qui demeure une voie subsidiaire.

(76) Cette définition tient compte des conclusions du Commissaire du Gouvernement Poussière dans l'affaire sieur X... La loi du 18 décembre 1940, reprise par l'article 78 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, ne visait que l'erreur « susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire ». A la suite d'une interprétation restrictive jurisprudentielle, M. Poussière précise la portée du terme « jugement ». Cf. C.E., Sec. Sieur X..., *in* A.J.D.A., 1956.II.318.

(77) Voir sur l'ensemble de la question, F. Borella. La rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives, R.D.P. 1962, pp. 463-495.

Section I

L'ADMISSION DU RECOURS EN RECTIFICATION D'ERREUR MATERIELLE EN DEHORS DE TOUT TEXTE EXPRES

540. — Le recours en rectification d'erreur matérielle ne trouve d'appui que très tardivement dans les textès. Le Conseil d'Etat s'est d'abord reconnu à lui-même la possibilité de rectifier ses propres erreurs matérielles et a étendu progressivement à toutes les juridictions le droit de procéder de la même façon.

§ 1. — L'admission du recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil d'Etat.

541. — Le décret du 22 juillet 1806 portant organisation du Conseil d'Etat ne lui conférait pas le droit de réformer ses décisions entachées d'erreur matérielle. Le législateur l'avait cependant prévu en faveur des juridictions judiciaires dès la rédaction du Code de Procédure civile. Le Conseil d'Etat raisonnant par analogie et par emprunt, conclut très rapidement à la nécessité d'introduire en droit public un moyen de plume pour remédier aux erreurs de plumes et de rectifier ses décisions sans les réformer véritablement. « La rectification était aussi matérielle que l'erreur », constate M. Debbasch (78). C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat admit la rectification d'erreur matérielle dans une décision « Ville de Rouen » dès l'année 1815 et dans un arrêt Hervé de 1828 (79). Cette jurisprudence ne trouva aucun démenti au cours du siècle dernier (80) et acquit une base législative autonome le 18 décembre 1940.

A l'origine, le Conseil d'Etat, partagé entre le désir de séparer le recours en rectification pour erreur matérielle de la procédure civile et la fidélité à ses sources, fait état de l'article 488 du Code de Procédure aux termes duquel il résulte « que *la requête civile* fondée sur « la découverte de pièce nouvelle doit être formée » dans un certain délai (81). Dès la fin du siècle dernier de telles références, assez peu justifiées, en raison de l'autonomie croissante du recours administratif, disparaissent de la rédaction des décisions du Conseil d'Etat.

(78) Voir Debbasch, *op. cit.*, p. 232.

(79) Jurisprudence citée par le commissaire du gouvernement Josse, à l'occasion de l'arrêt Dame Benoît, du 21 novembre 1930, S. 1931.III.36.

(80) C.E., 29 juin Villain-Moisnel, 1869 (suite de l'arrêt du 11 août 1868), Rec. p. 650.

(81) C.E., 21 janvier 1858, Promotton et Arnould, D.P., 1858.J.58.

Il consacre alors le recours en rectification d'erreur matérielle comme voie exceptionnelle du recours, et l'étend à l'ensemble des juridictions administratives.

§ 2. — L'extension du recours en rectification d'erreur matérielle à toutes les juridictions administratives statuant en dernier ressort.

542. — Dépouillé de ses origines judiciaires, le recours en rectification d'erreur matérielle est appliqué progressivement à des juridictions secondaires et spéciales dont les décisions sont rendues en dernier ressort. Dans un arrêt « Préfet du Loiret » du 11 août 1841 (82), le Conseil d'Etat admit cependant qu'un Conseil de Préfecture rétractât sa décision viciée par une erreur matérielle, mais il revint ensuite sur cette jurisprudence (83). La Commission des dommages de guerre, la Commission supérieure des bénéfices de guerre (84) et les Cours régionales des pensions (85) obtiennent successivement la possibilité de rectifier leur jugement parce qu'ils étaient rendus en dernier ressort. Le mouvement s'est poursuivi lors de la création de juridictions spéciales après la seconde guerre. La commission centrale d'assistance et la Commission nationale des accidents du travail appliquent alors le recours en rectification (86). L'Assemblée du Conseil d'Etat décida enfin, en 1955, dans l'arrêt dame veuve Sticotti (87) qu'il appartenait à la cour régionale des pensions, « comme à *toute juridiction* statuant en « dernier ressort, même en l'absence de texte le prévoyant expressé- « ment, de rectifier l'arrêt entrepris »... L'arrêt précise ensuite les conditions de recevabilité du recours en rectification d'erreur matérielle qui permet non seulement de remédier à une erreur de plume, mais d'aboutir au redressement du fond de la décision (et de l'intention des juges) quand aucune autre voie de recours n'est ouverte.

543. — A l'exception d'une jurisprudence ancienne, le Conseil d'Etat n'a jamais admis que les juridictions du premier degré puissent recti-

(82) Rec. p. 433.

(83) Le Conseil d'Etat est revenu, par la suite, sur cette solution. Désormais, le recours en rectification n'étant recevable que contre les décisions rendues en dernier ressort, les jugements des tribunaux administratifs ne peuvent pas faire l'objet d'un tel recours. Voir *infra*, p. 360.

(84) C.E., 24 novembre 1927, Lassaille, Rec. Lebon, p. 721 ; C.E., Sec. 7 février 1931, « Sté des Automobiles Berliet », Rec. p. 140.

(85) C.E., 21 novembre 1930, Dame Benoit, concl. Josse, note P.L./S. 1931. III.33.

(86) C.E., 11 janvier 1951, Préfet de la Seine, S. 1951.III.101, note Delpech ; C.E., 9 juin 1954, Société C..., Rec. Lebon, p. 351.

(87) C.E., Ass., 4 mars 1955, Dame veuve Sticotti, con[illegible]. Jacomet, R.D.P., 1955, pp. 732 et s. L'arrêt du Conseil d'Etat, sec. 7 février 1931, Sté des Automobiles Berliet (Rec. p. 140) laissait entendre une telle jurisprudence.

fier leurs erreurs matérielles (88). La voie de rétractation aurait présenté certains dangers et paraissait inutile, l'appel permettant aisément de remédier aux erreurs constatées (89). Les décisions définitives rendues en dernier ressort par toute juridiction administrative sont donc susceptibles, dans le silence des textes exprès, de faire l'objet d'un recours en rectification d'erreur matérielle (90). La question se pose de savoir si ce recours est une règle générale ou un principe général de procédure.

Section II

LE RECOURS EN RECTIFICATION D'ERREUR MATERIELLE REGLE OU PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE ?

544. — Le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé avec netteté sur la nature du recours en rectification d'erreur matérielle (91). Seul M. Heurté a vu en ce recours une règle générale de procédure assurant la « consécration ou le renforcement de l'action » (92). Pour M. Jacomet (93), au contraire, le recours en rectification d'erreur matérielle n'est qu'une « *règle de bonne justice* » qui possède néanmoins toutes les qualités de la règle non écrite. Le laconisme du Conseil

(88) Pour les Conseils de Préfecture, des décisions importantes ont été rendues avant et après l'arrêt, dame Veuve Sticotti qui faisait du recours en rectification un principe général de procédure. C.E., 21 février 1902, Marty, Rec. p. 132, C.E., 4 mars 1955, S.N.C.F., Rec. p. 138 et C.E., 2 novembre 1957, Creytat, Rec. 647, C.E., 28 janvier 1959, Guiraud, Rec. Tables, p. 1082.

(89) Voir F. Borella, *loc. cit.*, pp. 493-494.

(90) Quand la décision est rendue en dernier ressort, le recours en rectification doit être concilié avec le recours en cassation et, le cas échéant, avec le recours en révision. Le Conseil d'Etat a décidé que les erreurs relevaient du recours en rectification à condition qu'elles ne fussent pas « susceptibles d'être redressées par la voie du recours en cassation » (C.E., Sticotti, précité) ou même du recours en révision (C.E., Sec. 3 novembre 1961, « Communauté du Bon Pasteur », Rec. p. 614). Si l'erreur peut être reprochée au juge du fond eu égard aux informations dont il disposait, seul le recours en cassation est ouvert (voir *supra*, les principes du recours en cassation). C'est ainsi qu'en ne tenant pas compte de certaines pièces figurant au dossier, le Conseil supérieur des Profits illicites a commis une erreur que seul le recours en cassation peut redresser (C.E., 7e Sous-section, 9 juin 1954, requêtes, nos 12.665 et 14.072).

Un intéressé ne pourra intenter successivement ou cumulativement les deux recours (à peine de forclusion, le recours en rectification d'erreur matérielle doit être intenté dans les deux mois qui suivent la décision entachée d'erreur). Le plaideur, dans de nombreux cas, préférera emprunter la voie plus largement ouverte du recours en cassation. Voir *supra*, p. 335.

(91) Cf. De Lasch, *op. cit.*, p. 209 et Borella, note sous C.E., 8 janvier 1959, « Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des Experts comptables et des comptables agréés », D. 1960.J.42.

(92) Dans son article précité, M. Borella ne se prononce pas sur la nature de la voie de rétractation.

(93) Conclusions précitées sur l'arrêt dame Veuve Sticotti, R.D.P., p. 738.

d'Etat est également déconcertant. Pourtant deux arguments permettent de dire que *le recours en rectification d'erreur matérielle est un principe général de procédure.*

— Il est ouvert devant toutes les juridictions dont l'organisation le permet, malgré un texte contraire paraissant s'y opposer.

— Son support législatif, le Code de Procédure civile, a été fortement adapté par le juge administratif.

§ 1. — Le recours en rectification d'erreur matérielle est recevable malgré un texte contraire.

545. — La procédure instituée devant la Commission supérieure des bénéfices de guerre est déterminante à cet égard. Aux termes de l'article 2 de la loi du 1er juillet 1916, les décisions de la commission supérieure sont rendues définitivement et en dernier ressort et ne peuvent être attaquées « que pour excès de pouvoirs ou violation de la loi » devant le Conseil d'Etat. Malgré ce texte, la Société des automobiles Berliet a pu valablement saisir la Commission supérieure d'un recours en rectification d'erreur matérielle (94). L'interprétation faite de la législation de 1916 par la Haute Assemblée administrative est comparable à celle qu'elle donnera par la suite aux lois interdisant tout recours contre les décisions du Bureau du Conseil supérieur de la magistrature et contre les décisions des commissions départementales de classement des terres. Le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation furent néanmoins déclarés recevables (95).

C'est une caractéristique du principe général de procédure de s'appliquer malgré un texte législatif contraire. La règle générale de procédure, elle, n'a de fonction que dans le silence des textes. Dès lors qu'une loi, ou, aujourd'hui un acte réglementaire prévoit une situation contraire, la règle générale s'efface (96). Or, la loi du 1er juillet 1916 interdisait clairement tout recours autre que le recours en cassation et ne pouvait autoriser un recours en rectification d'erreur matérielle que s'il constituait un principe général de procédure.

§ 2. — Le recours en rectification d'erreur matérielle et le Code de Procédure civile (art. 480, al. 7).

546. — La plupart des règles générales de procédure tirent leur origine d'une disposition formelle du Code de Procédure civile qui

(94) C.E., Sec. 6 février 1931, « Sté des automobiles Berliet », Rec. Lebon, p. 140.

(95) C.E., 7 février 1947 d'Aillières, Rec. p. 50, voir *supra*, et C.E., 17 février 1950, « ministre de l'Agriculture », dame Lamotte, Rec. p. 110. Voir *supra*, pp. 212 et s.

(96) Voir *supra*, 1re partie, p. 174, ch. 3, S. I.

comble fort heureusement les failles de la procédure administrative contentieuse, sans pour autant être applicable de plein droit (97). Le recours en rectification d'erreur matérielle a montré son caractère de principe général de procédure en s'éloignant progressivement de sa source originaire. Cette affirmation est notamment vérifiée lorsque sont envisagées les conditions tenant à l'erreur qui peuvent être invoquées.

A. — Le rejet progressif du Code de Procédure civile.

547. — Le recours administratif en rectification d'erreur matérielle n'a jamais été, sauf dans quelques arrêts fort anciens, une application pure et simple de l'article 480, al. 7 du Code de Procédure civile (98). Il n'y a rien d'exceptionnel à cette situation puisque *le recours en rectification d'erreur matérielle n'existe pas réellement en droit judiciaire privé.* Le rapprochement entre cette voie de recours et la requête civile a pourtant été fait (99), jusqu'à la nette mise au point du Conseil d'Etat souhaitée par son commissaire du gouvernement dans l'arrêt Sticotti. La requête civile est, elle aussi, une voie exceptionnelle et extraordinaire de recours qui permet à un juge de réformer sa propre décision si elle repose, soit sur un vice de forme, soit sur une erreur de fait non imputable au juge et découverte postérieurement à la décision. Elle englobe la rectification d'erreur matérielle, entendue dans son sens le plus général, mais elle est beaucoup plus vaste qu'elle. La requête civile est si différente que, pour mettre un terme à la confusion qui risquait de régner, le Conseil d'Etat a décidé : « Aucun texte législatif n'a étendu aux juridictions des pensions les « articles 480 à 504 du Code de Procédure civile relatifs à la requête « civile et... l'application de ces dispositions est *incompatible* avec le « caractère administratif de ces juridictions » (100). Or, le seul texte qui prévoit, dans le droit judiciaire privé, la rectification d'une erreur matérielle dans un jugement est l'alinéa 7 de l'article 480 (101).

Puisque le Conseil d'Etat a estimé l'article 480 *in globo,* incompatible avec l'organisation des juridictions administratives, le recours en rectification d'erreur matérielle a acquis son autonomie par rapport au texte judiciaire. Le recours administratif possède un support législatif dans le Code de Procédure, mais comme tous les principes généraux de procédure, il s'en est progressivement éloigné.

(97) Voir *supra,* 1re partie, « Les règles d'élaboration des principes généraux de procédure », pp. 68 et s.

(98) Voir C.E., 21 janvier 1858, Promotton et Arnould, précitées, D.P., 1858. J.58.

(99) Cf. sur la requête civile, Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, pp. 701-720. Sur la comparaison entre les deux recours. Voir Debbasch, *op. cit.,* pp. 201 et s.

(100) C.E. Ass., 4 mars 1955, Vve Sticotti, R.D.P., 1955, p. 744.

(101) Art. 480, al. 7 du Code de Procédure civile, « Si dans un même jugement il y a des dispositions contraires », le jugement pourra être rétracté.

B. — Les conditions tenant a l'erreur.

548. — Les conditions tenant à l'erreur séparent le recours administratif en rectification et la requête civile. Pour être prise en considération, l'erreur doit être à la fois de pur fait et imputable au juge.

549. — *La Nature de l'erreur.* — La rectification ne peut porter que sur une erreur de *fait* ou, de façon plus précise, sur la constatation d'un fait. Ce principe, par les conséquences qu'il engendre, interdit tout rapprochement avec la requête civile dont les onze cas d'ouvertures limitativement énumérés par le législateur, visent à la fois des erreurs de fait et des vices de procédure commis par le juge dans l'accomplissement de son œuvre juridictionnelle (102) (*error in injudicando*).

En procédure administrative, l'erreur ne porte que sur des faits, mais n'exclut pas une qualification juridique de ceux-ci. C'est pourquoi l'omission de statuer sur des conclusions ou sur un chef de demande constitue parfois une erreur matérielle (103). Dans la majorité des cas, l'erreur porte sur un fait que la juridiction se « borne à constater » en la rectifiant (104).

550. — *L'erreur est imputable au juge.* — Pour qu'elle soit prise en considération, l'erreur doit être imputable au juge et non au requérant et doit être susceptible d'avoir exercé une influence sur la solution donnée à l'affaire. C'est ainsi qu'un décompte inexact des voix fait par le Conseil d'Etat, ayant pour conséquence immédiate l'annulation d'une élection, constitue une erreur matérielle susceptible de recours (105) parce que son influence sur la décision a été certaine (106).

(102) M. Plassard a établi une distinction entre l'erreur *in judicando* et l'erreur *in procedendo*. La première relève du recours en cassation et la seconde permet le recours en rectification d'erreur matérielle. Mais les erreurs ouvrant droit à la requête civile ne se prêtent pas à une classification aussi simple. C'est moins la nature des erreurs que la conciliation des recours en rectification avec le recours en cassation qui permet d'établir un critère. Il y a par exemple requête civile « si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugements, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties » (art. 480, al. 2). Un tel vice de forme peut également justifier un recours en cassation. La requête civile créé plus un alourdissement de la procédure qu'un moyen de protection des justiciables. Voir Plassard, « Ouvertures communes à la requête civile et au recours en cassation », notamment, pp. 28 et s., Thèse, Paris 1924. Voir également de Laubadère, *op. cit.*, p. 397.

(103) L'hypothèse est assez proche de l'annulation des décisions dans lesquelles le juge a statué *infra petita*, C.E., 26 octobre 1951, Duchosal, Rec. p. 504.

(104) C.E., 22 mars 1957, ministre des T.P. c. sieur Clausi, Rec. p. 199.

(105) C.E., 23 septembre 1961, sieur Giacobbi, Rec. p. 529.

(106) On peut reprendre ici la classification des erreurs dressée par M. Poussière (concl. Poussière pour C.E. Sec., 6 juillet 1956, sieur X..., A.J.D.A., 1956, p. 318). La classification qu'il a opérée montre que l'erreur s'analyse, avant tout,

Cette condition est essentielle pour que ne soit pas détourné de sa fonction véritable le recours en rectification d'erreur matérielle. Il ne doit pas être une voie destinée à compromettre l'autorité de la chose jugée, mais un moyen de faire respecter la situation des requérants.

551. — Dans les divers arrêts rapportés plus haut, le Conseil d'Etat décide que le recours en rectification d'erreur matérielle « est applicable sans texte » ou en « l'absence de texte le prévoyant expressément ». Bien que ces expressions soient souvent communes à l'ensemble des règles non écrites, elles révèlent en l'espèce l'existence d'un *principe général de procédure innomé*. Le Conseil d'Etat aurait-il vu en ce recours une règle générale de procédure, il n'aurait pas manqué d'agir différemment sur deux points :

— Il aurait qualifié expressément le recours en rectification d'erreur matérielle de règle générale de procéduree.

— Il aurait appliqué de façon explicite l'article 380, al. 7 du Code de Procédure civile.

La réserve, certainement volontaire du Conseil d'Etat, si elle ne constitue pas à elle seule une preuve suffisante pour donner au recours en rectification pour erreur matérielle la qualité de principe général de procédure, fournit cependant une forte présomption. Ajoutée aux arguments précédents, elle doit lever tout doute.

552. — *Conclusion de la section.* — Le recours en rectification d'erreur matérielle s'est développé sur la base de l'article 480, al. 7 du Code de Procédure civile dont il s'est complètement écarté par la suite. Il permet à toute juridiction statuant en dernier ressort de redresser les erreurs de pur fait qu'elle aurait commise. Le recours en rectification d'erreur matérielle constitue un principe général de procédure innomé dont la consécration formelle est inutile depuis son application incontestée devant toutes les juridictions intéressées.

par les conséquences qu'elle a eue sur la décision. Si l'erreur est « sans intérêt » et a été « sans influence sur le jugement, le recours est irrecevable.

— Si l'erreur est « déterminante » et si sa rectification accorde satisfaction à l'intéressé sur le fond de l'affaire, le recours est naturellement recevable.

— Si l'erreur est « déterminante » et si elle doit aboutir même après rectification à un nouveau rejet des prétentions au fond du requérant, le recours n'en est pas moins recevable.

SOUS-TITRE II

Le principe du respect des droits de la défense (107).

553. — Les droits de la défense assurent un déroulement normal de l'instance en garantissant aux parties une certaine protection. L'instance fait naître un double réseau d'obligations et de droits : les uns concernent les parties dans leurs rapports mutuels, les autres sont à la charge du juge dans ses rapports avec les parties. Les acteurs du procès (juge et parties) doivent assurer le plein respect des droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure, élevés au rang de principes généraux par la jurisprudence administrative.

L'originalité du principe du respect des droits de la défense doit être attribuée tant aux caractères généraux de la procédure administrative qu'à la volonté du Conseil d'Etat. Celui-ci a concilié le traditionnel caractère inquisitoire de la procédure administrative et les impératifs du contradictoire, le caractère écrit de la procédure et les nécessités de la défense orale. Les droits de la défense débouchent sur une collaboration entre le juge et les parties. L'effacement très relatif des pouvoirs inquisitoriaux du juge derrière le caractère contradictoire de la procédure et le développement timide des débats oraux rapprochent le procès administratif du procès civil (108).

(107) Nous utiliserons successivement et sans distinction plusieurs formules pour qualifier ce principe : « principe du respect des droits de la défense » ou « principes des droits de la défense » ou tout simplement « droits de la défense ». Chaque expression doit être entendue comme représentant le même concept et la même notion juridique. Le principe général de procédure selon lequel les droits de la défense doivent être respectés par toutes les juridictions. Cette indifférence terminologique provient de la structure originale des droits de la défense. Voir *infra*, Section I, § 3, pp. 387-390.

(108) Ce rapprochement est, au moins, théorique. Les tentatives faites par le législateur de développer les pouvoirs du juge judiciaire dans le déroulement de l'instruction se sont soldées souvent par un échec. Voir *infra*, pp. 429 et s.

Peut-on parler de droits de la défense applicables par l'ensemble des juridictions administratives ? Une réponse affirmative assortie d'un correctif doit être donnée. Les principes des droits de la défense permettent l'application à toutes les instances administratives de textes généraux ou particuliers puisés, soit dans le Code de Procédure civile, soit dans la législation applicable au Conseil d'Etat et aux Tribunaux administratifs (109). Mais la transposition de ces textes aux juridictions spéciales suppose leur adaptation parfois profonde pour qu'ils deviennent « compatibles avec l'organisation » de ces juridictions.

554. — Toute définition des droits de la défense varie en fonction de l'objet que l'on accorde aux garanties reconnues au justiciable dans l'instance et doit être combinée avec la notion de principe du contradictoire.

1) Dans une première approche, par droits de la défense on entend *le droit des parties de faire valoir tous leurs arguments devant une juridiction et de connaître tous ceux de leurs adversaires ainsi que toutes les mesures d'instruction prises par le tribunal.* Les droits de la défense comprennent, envisagés sous l'angle des parties, deux éléments principaux : la liberté totale des arguments et l'information complète de la procédure.

2) Le principe contradictoire « *caractérise le procès juridictionnel du point de vue formel* » (110). *Il s'applique à l'instruction* au cours de laquelle les parties ont pu se contredire (111), en toute liberté.

555. — Cette première tentative de définition appelle deux remarques sur la fonction et la nature de ces principes généraux de procédure.

Les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire constituent l'un et l'autre une garantie offerte au justiciable, mais ils marquent l'instance à des titres différents. Les droits de la défense s'appliquent directement aux parties qui en sont les titulaires. Le principe du caractère contradictoire tient compte des éléments de l'instance (instruction et audience de jugement) qui doivent être respectés objectivement. Les droits de la défense seraient un droit subjectif des parties, le principe du contradictoire un droit objectif.

En second lieu, les définitions données tiennent compte, provisoirement, sur la distinction nouvelle faite entre les deux principes. Pen-

(109) Voir *supra*, 1re partie, « Les règles d'élaboration des principes généraux de procédure ».

(110) Vizioz, *op. cit.*, p. 49.

(111) Nous nous référons au sens éthymologique du terme ; en latin *contradictorius, contradicere :* contredire, le terme a donné naissance à l'expression « jugement contradictoire ». C'est le jugement « entre les parties ayant comparu devant le tribunal et pris leurs conclusions », Dictionnaire juridique de H. Capitant, P.U.F., 1936, voir jugement). Nous envisagerons les liens qui existent entre la notion de jugement contradictoire et le principe du contradictoire.

dant près d'un siècle et demi, en effet, toute garantie d'un certain type offerte aux parties dans l'instance était un droit concédé au justiciable pour qu'il fasse valoir sa défense, alors qu'aujourd'hui l'on tente, à tort, de séparer le principe du contradictoire des droits de la défense. Droits de la défense et principe du caractère contradictoire font appel l'un et l'autre à une contradiction et à une information libres et totales des parties, le caractère contradictoire de la procédure n'étant qu'un élément, mais le meilleur garant, des droits de la défense.

556. — C'est pour mieux analyser des développements doctrinaux et jurisprudentiels récents que nous envisagerons dans un premier chapitre les rapports entre les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire de la procédure. Les différents droits de la défense pourront être analysés ensuite.

CHAPITRE PREMIER

Remarques sur les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire de la procédure.

557. — Une étude des droits de la défense ne peut être menée à bien sans que ne soit résolue une double question :

— Les droits de la défense se *confondent-ils* avec *toutes les garanties* offertes au justiciable au cours de l'instance ?

— Quels *rapports existent* entre les droits de la défense et le principe du caractère contradicotire de la procédure ?

Tous deux sont des principes généraux de la procédure qui ont eu, tour à tour, la faveur du juge. C'est pour mieux garantir les droits de la défense que le juge a accordé la qualité du principe général au caractère contradictoire de la procédure. Le principe du respect des droits de la défense est, en conséquence, un vaste « principe cadre » composé de règles écrites et non écrites qui ne sont pas confondues avec toutes les garanties offertes au justiciable. Ces affirmations résultent :

— de l'évolution historique des garanties offertes au justiciable (§ 1).

— des rapports entre les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire de la procédure (§ 2).

— Au terme de cette double recherche, une définition et une énumération des droits de la défense (§ 3) pourront être données.

§ 1. — L'évolution des garanties offertes au justiciable.

558. — Les droits de la défense sont les plus anciens principes généraux de la procédure, le principe du caractère contradictoire le

plus récent, mais ils ne constituent, ni seuls, ni réunis, l'ensemble des garanties offertes au justiciable. Malgré leurs caractères spécifiques, on ne pourrait ni les étudier séparément, ni leur trouver une origine distincte. Les garanties offertes au justiciable ont connu une phase commune à laquelle a succédé une période au cours de laquelle furent distingués les droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure.

A. — L'absorption totale du caractère contradictoire de la procédure par les droits de la défense (1824-1947).

559. — Pendant cent cinquante ans, aucun sort spécial ne fut réservé aux règles non écrites du contradictoire. Seuls les droits de la défense qui constituaient une garantie particulière offerte au justiciable firent l'objet des sollicitudes du juge administratif. Il partit de l'idée que la pleine contradiction qu'identifie le procès suppose l'information complète et la libre argumentation des parties.

Dans le commentaire qu'il faisait de l'Ordonnance des 2-26 février 1831, Cormenin insistait sur la « *liberté de la défense* » qu'aurait consacré pour les parties le droit de développer des observations orales sous forme de plaidoirie devant le Conseil d'Etat (1). En prononçant ses observations sur une affaire Petit Colas, le commissaire du Gouvernement Robert s'exclama : « Le principe engagé dans cette question « est fondamental, il ne s'agit de rien moins que du *droit de la « défense* » (2). L'idée de *droit de la défense* est donc en germe dès la première moitié du XIX^e^ siècle. Au début du XX^e^ siècle, on parle de droits de la défense qui sont des « principes généraux du droit » ou des « principes du droit commun ». Des commissaires du gouvernement font valoir l'existence de droits intangibles pour les justiciables de juridictions nouvelles : un ordre des phases procédurales doit être respecté, le justiciable a le droit d'être averti de toutes les mesures (3) qui peuvent l'intéresser ; les documents qui le concernent doivent lui être transmis, etc. Pendant toute cette période les droits de la défense

(1) Commentaire rapporté *in* Duvergier, T. 37, p. 72. L'exposé des motifs de l'ordonnance des 12-21 mars 1831 est aussi révélateur ; il entend assurer à l'Administration les mêmes moyens de défense qu'au particulier (devant les tribunaux judiciaires) en garantissant à celle-ci la possibilité de développer des observations orales devant le Conseil d'Etat.

(2) Le Commissaire du Gouvernement demandait d'annuler la décision du Conseil impérial de l'Education Nationale qui n'avait ni appelé, ni entendu l'intéressé, C.E., 23 janvier 1824, Petit Colas, observations Robert, Rec., pp. 51-52. Il ne faut pas surestimer la portée de cet arrêt en raison de la nature reconnue à la juridiction. Le Conseil supérieur était une juridiction administrative répressive. Les règles qu'on lui demandait d'appliquer l'étaient plus à raison de son caractère répressif que de son aspect administratif.

(3) Cf. arrêts Villes, C.E., 10 août 1918, concl. Berget, Rec. 841 et s., et Téry, C.E., 20 juin 1913, concl. Corneille, Rec. pp. 736 et s.

furent toujours considérés comme des principes généraux, d'abord innomés (reposant sur le droit naturel) (4) puis explicitement formulés.

Plusieurs phénomènes marquent cette évolution. En premier lieu, seuls les droits de la défense sont invoqués. Au surplus, une évolution parallèle se poursuit qui confère aux juridictions, aux organismes disciplinaires non juridictionnels et aux organismes administratifs (5) des obligations assez semblables.

560. — 1. *L'étendue croissante des droits de la défense.* — Pendant toute cette période, le règne des droits de la défense ne cesse de s'étendre. Bien qu'aucune règle qualifiée de principe du contradictoire ne soit invoquée, les droits de la défense garantissent à toute procédure contentieuse un caractère contradictoire.

— L'information du justiciable est de plus en plus grande. Les exigences du Conseil d'Etat se font sentir dans tous les domaines. Le défendeur doit obligatoirement être mis en cause pour être à même de présenter ses moyens de défense. Le juge doit communiquer aux parties qui en font la demande les pièces produites au cours de l'instance (6). Les droits de la défense ne sont respectés que si la procédure a été totalement contradictoire à l'égard des parties.

— La liberté dont dispose le justiciable pour présenter des moyens de défense se développe également. Le nombre des mémoires ou pièces qu'il peut produire est illimité ; le dépôt de conclusions reconventionnelles est élargi à toutes les juridictions et facilité dans ses modalités.

Les deux catégories de droits qui sont reconnues aux parties procèdent d'une inspiration différente et n'ont pas la même fonction dans l'instance. Les premiers assurent à la procédure d'instruction un caractère contradictoire, les seconds facilitent la production de défenses et d'arguments renouvelés.

A ce degré de l'évolution des droits et des garanties offertes au justiciable, une seule notion est pourtant invoquée formellement : Les droits de la défense. Les règles relatives au caractère contradictoire de la procédure ne sont pas encore isolées des droits de la défense, mais sont intégrées à eux comme tous les autres, droits et garanties auxquels ils ont donné naissance.

(4) Voir *supra*, 1re partie, « Les règles d'élaboration des droits de la défense », pp. 70, 73, 87, 89.

(5) La Cour des Comptes s'applique également à garantir certains droits aux particuliers. Cour des Comptes, C.E. 13 avril 1905, Dunoyer, Rec. Lebon, p. 1038.

(6) C.E. sec., 15 octobre 1954, « Sté Financière de France », Rec. p. 536 : « Si la Société financière soutient que les droits de la défense auraient été méconnus du fait qu'elle n'aurait pas reçu la communication intégrale du dossier et que la séance de jugement aurait été précédée d'une séance secrète au cours de laquelle la Commission aurait arrêté sa décision, après avoir entendu le rapport de ses services d'enquête et avant d'avoir entendu les explications de la défenderesse... » Voir également, C.E., 25 juin 1948, Brillaud, Rec. p. 293.

561. — 2. *L'irradiation des droits de la défense à la procédure non contentieuse.* — La seconde ligne de force de l'évolution des droits de la défense est constituée par l' « irradiation » (7) de ces droits au domaine non contentieux. Les règles non écrites du droit permettent d'introduire une atmosphère juridictionnelle dans les rapports entre l'autorité administrative et ses agents. Les organismes disciplinaires en sont les premiers bénéficiaires, puis viennent les organismes d'épuration et, enfin, l'administration active.

D'abord limité aux seules sanctions disciplinaires (8), le principe de la liberté des droits de la défense est ensuite étendu à des domaines plus vastes (9). Les règles dégagées pour les instances juridictionnelles sont étendues progressivement aux autorités administratives. Un nombre croissant de mesures administratives ne peuvent intervenir qu'après que les intéressés aient été en mesure de présenter leurs observations (10). C'est ainsi que certaines commissions d'épuration étaient chargées « d'entendre » les intéressés. Devaient-elles susciter leurs explications ou se contenter de recevoir celles des seuls agents qui en avaient émis le désir ? Plutôt que de rechercher une solution aléatoire dans des textes sybillins, le Conseil d'Etat décida qu'il résultait « *des « principes généraux du droit applicables même en l'absence de « textes, qu'aucune sanction ne peut être prononcée légalement sans*

(7) L'expression est du Commissaire du Gouvernement Chenot, R.D.P., 1944, p. 256. Voir également B. JEANNEAU, *op. cit.*, « Le principe de la liberté de la défense devant les autorités administratives », pp. 78-90.

Sur l'ensemble de la question, voir MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », D. 1956, chr. p. 121. PUISOYE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense par l'Administration », A.J.D.A., 1962, p. 73. M. Odent, à la suite d'une évolution de sa pensée, considère que les droits de la défense ne s'appliquent que devant l'administration active et sont une transposition dans ce domaine du principe du caractère contradictoire de la procédure, principe exclusif de la procédure contentieuse. Il confère au caractère contradictoire un champ d'application trop vaste et minimise la portée des droits de la défense. La jurisprudence ne permet pas, nous semble-t-il, une distinction aussi abrupte. Cf. « Contentieux administratif », 1961-1962, p. 911.

(8) Nous citerons pour mémoire, l'arrêt Ledochowski, C.E., 19 juin 1903, Rec. p. 453 : à l'occasion d'une mise à la retraite anticipée, l'intéressé doit être régulièrement appelé à présenter ses moyens de défense. La communication du dossier est souvent exigée par le Conseil d'Etat avant même l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 et par la suite, dans les hypothèses où la loi ne l'a pas prévu, C.E., 17 janvier 1930, Ribeyrolles, Rec. p. 76. Le retrait d'une autorisation est assimilé dans certains cas, à une sanction : C.E., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, concl. Chénot, note Jèze, R.D.P., 1944, p. 256, G.A.J.A., p. 253.

(9) Elle ne joue pas cependant en matière de police (C.E., 11 décembre 1946, « Dame Hubert », Rec. p. 300 et surtout C.E., 30 mars 1960, Benouali, Rec. p. 239), « en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prescrivant à l'autorité administrative de provoquer les observations des intéressés sur les résultats de l'enquête, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'arrêté contesté n'aurait dû être pris qu'après qu'elles auraient été mises à même de présenter leurs moyens de défense ».

(10) Voir MORANGE, *loc. cit.* PUISOYE, *loc. cit.*, pp. 75 et s., et AUBY et DRAGO, *op. cit.*, pp. 1120 et s.

« *que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa* « *défense* ». Cette motivation a rendu célèbre l'arrêt Aramu de 1945 (11). Il en résulte que les agents publics et les particuliers doivent recevoir communication des griefs formulés contre eux et pouvoir formuler leurs observations, en vertu des principes généraux du droit, avant que soit prise par l'Administration toute mesure ayant le caractère de sanction ou préjudiciant à leurs droits.

L'irradiation des droits de la défense en dehors du domaine juridictionnel est remarquable par son aboutissement. Les droits de la défense ont *été élevés formellement au rang de principes généraux pour sanctionner les irrégularités des autorités administratives actives et non les erreurs des autorités juridictionnelles* (12). La hardiesse de l'innovation était proportionnée aux dangers que représentait une procédure mal organisée et peu protectrice des droits des particuliers. La jurisprudence postérieure a fait bénéficier les organes juridictionnels (13) de l'initiative précédente (14).

563. — *Comment caractériser l'évolution enregistrée pendant cette période ?*

— Les droits de la défense constituent une notion monolithique qui englobe notamment tous les éléments du caractère contradictoire de la procédure.

— Les droits de la défense à respecter par les juridictions et les justiciables sont de plus en plus nombreux et se répandent hors de leur champ d'application originaire. Ils s'imposent dans certaines circonstances à l'administration active.

La jurisprudence obéit à une conception finaliste des droits de la défense. Dans cette optique la notion des droits de la défense est

(11) C.E. Ass., 26 octobre 1945, Aramu et, du même jour Belloir, Mattei, Champion, concl. Odent, S. 1946.III, p. 1 ; note Morange, D. 1946.J.158. L'arrêt est important à d'autres points de vues. Il a permis de fixer l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur des actes à contenu politique. Il a surtout le premier à consacrer formellement l'existence des principes généraux des droits de la défense.

(12) Cf. *supra*, 1re partie, pp. 37 et s.

(13) Certains arrêts continuent de classer les droits de la défense parmi les règles générales de procédure. Voir C.E., 26 mars 1958, Albaret, Rec. p. 198 : « La Commission supérieure (de surveillance et de contrôle des soins gratuits) est une « juridiction devant laquelle doivent être observées les règles générales de procédure dont l'application n'est pas inconciliable avec son organisation propre ou une disposition législative formelle ; qu'au nombre de ces règles générales de procédure figure le respect des droits de la défense ».

(14) Il n'existe cependant pas d'identité entre la nature et la fréquence d'application des droits de la défense devant l'administration active et devant les juridictions. Toutes les mesures qui assurent au procès son caractère contradictoire ne sont qu'exceptionnellement applicables devant les autorités administratives. Cf. ODENT, *op. cit.*, « La procédure administrative n'est pas normalement contradictoire. L'administration n'est tenue de respecter les droits de la défense par un préalable contradictoire, qu'en dérogation au régime habituel de ses décisions », p. 61.

« aussi utile aux autorités qu'aux citoyens dans la mesure où les uns « et les autres s'inspirent de préoccupations légitimes » (15).

B. — L'éclatement des droits de la défense et l'apparition du principe du caractère contradictoire de la procédure (depuis 1947).

564. — Si l'on excepte certains arrêts isolés qui font appel à la notion de caractère contradictoire de la procédure entre 1929 et 1940 (16), il faut attendre la jurisprudence relative au Jury d'Honneur pour assister à l'éclosion d'un principe apparemment différent de celui des droits de la défense. Le principe du caractère contradictoire parvient à une pleine maturité en deux temps :

— En un premier temps, le Conseil d'Etat impose à certaines juridictions d'assurer à la procédure suivie devant elles un caractère contradictoire.

— Ensuite, le caractère contradictoire accède au rang de principe général expressément formulé. Il reçoit de multiples applications et paraît même supplanter les droits de la défense dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

a) *L'apparition des règles du contradictoire et le perfectionnement des droits de la défense.*

565. — Pendant une première période les règles du contradictoire apparaissent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sans que leur nature et leur valeur soient bien définies. Les droits de défense continuent parallèlement à recevoir de constantes applications.

566. — 1. *Les applications du contradictoire.* — C'est aux jurys d'Honneur que sont d'abord rappelés les impératifs du contradictoire. Leur saisine n'était pas l'élément le moins critiquable de l'institution (17). Le législateur avait, en effet, prévu qu'ils se saisissaient d'office après l'arrêté de sursis à statuer rendu par un Conseil de Préfecture. Faute de tout avertissement donné par le Jury d'Honneur, les justiciables risquaient de faire l'objet d'une procédure par défaut, préjudiciable à leurs intérêts. Le Conseil d'Etat aménagea la règle et rappela au jury qu'il devait « pour assurer le *caractère contradictoire*

(15) *Ibidem*, p. 55.

(16) C.E., 31 octobre 1928, Bancel, pp. 1, 101. Parce que les pièces avaient été communiquées au mandataire du requérant, celui-ci « n'est pas fondé à soutenir que la procédure suivie devant la commission supérieure (des dommages de guerre) n'a pas été contradictoire ». Cf. également, C.E., 13 novembre 1929, dame Veuve Basset (décision relative à la procédure des tribunaux départementaux des pensions).

(17) La jurisprudence la plus intéressante à laquelle ils ont contribué à donner naissance est celle du principe général du recours en cassation (V. d'Aillières, *supra*, 2e partie, pp. 320 et s.), C.E. 7 février 1947, Rec. p. 50.

de la procédure avertir le justiciable en temps utile » (18). Jusqu'alors l'avertissement du justiciable était considéré comme un des éléments les plus indiscutables des droits de la défense. En 1950, soit un an après cet arrêt Milliès-Lacroix, la qualification de règle générale de procédure fut donnée à l'obligation « d'aviser l'intéressé de la procédure suivie à son égard » (19).

567. — 2. *La nature du contradictoire.* — Le caractère contradictoire n'était pas arrivé à la maturité qu'il acquerra en 1961 pour la raison majeure qu'il régnait encore une incertitude quant à sa valeur. La rédaction pourtant soigneuse des arrêts ne permettait pas de savoir qui, du « caractère contradictoire de la procédure » ou de « l'avertissement de la procédure engagée » constituait une règle générale de procédure. Dix ans d'indécision jurisprudentielle caractérisent cette période (20), cependant que les commissaires du gouvernement attribuent dans leurs conclusions une place de plus en plus éminente au contradictoire. Recherchant un critère de l'acte juridictionnel, M. Donnedieu de Vabres écrivait même : « S'il est, parmi les différents cri- « tères de la juridiction un seul qui se détache parmi les autres et « qui pourrait, à notre avis, être retenu comme définitif, c'est bien « celui de la procédure contradictoire » (21).

568. — 3. *Les règles du contradictoire et les droits de la défense.* — L'évolution amorcée ne préjudicie pas aux droits de la défense qui continuent parallèlement de se développer. Le caractère contradictoire de la procédure n'est, en définitive, qu'un des éléments des droits de la défense. Cette constatation est illustrée clairement par l'arrêt d'Assemblée « Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris » pour lequel « *les droits de défense se trouvent... garantis par le carac-* « *tère contradictoire donné à la procédure d'instruction préalable* » (22).

b) *Le principe du caractère contradictoire de la procédure : C.E. « Sté la HUTA » 12 mai 1961.*

569. — Dans une seconde phase, ouverte en 1961 par l'arrêt « Société la Huta » les incertitudes antérieures sont levées. Le carac-

(18) C.E. Section, 27 avril 1949, Milliès-Lacroix, Rec. p. 182.

(19) C.E. Section, 24 mars 1950, Bergery, Rec. p. 187. Confirmation est donnée à cet arrêt par la décision de section du 7 décembre 1956, Bonnet, Rec. p. 466. Voir la critique adressée à l'arrêt Milliès-Lacroix, *infra*, p. 396, note 16.

(20) C.E., 5 mars 1954, Banque Alsacienne privée et sieur Dupont, Rec. p. 136 et C.E., 23 mars 1956, sieur Louis, Rec. p. 136 : « Le caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil supérieur de l'Education Nationale est assuré... par l'obligation qui s'impose de faire établir un rapport écrit sur tous les éléments recueillis... » Cf. également, C.E., 24 octobre 1952, Tejtelbaum-Tardy, Rec. p. 471.

(21) Concl. d'Aillières, R.D.P. 1950, p. 461. Voir également *supra*, 1re partie.

(22) C.E. Ass., 6 mars 1959, « Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris », Rec. p. 165.

tère contradictoire de la procédure devient un principe général de procédure. La mise en cause de la « Société la Huta » dans une instance engagée devant la Commission spéciale de répartition de l'indemnité des nationalisations polonaises, juridiction créée pour liquider les biens des entreprises spoliées dans ce pays, résultait de la transmission par un tiers de certains documents à ladite Commission. Or, celle-ci n'avait pas mis la Société à même de se faire représenter, ni de répondre aux interventions qui la mettaient en cause. La section du contentieux du Conseil d'Etat annule le jugement de la juridiction inférieure au motif qu'elle « *méconnu le principe général applicable à toutes les* « *juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir* « un *caractère contradictoire* » (23).

L'arrêt « Sté la Huta » appelle deux remarques d'un intérêt fort différent. En premier lieu, l'intervenant se voit reconnaître les mêmes droits que les parties ; en second lieu la qualité reconnue au caractère contradictoire de la procédure place cette règle au niveau des institutions non écrites les plus élevées, à ce niveau auquel avaient accédé les droits de la défense quinze ans auparavant (24). Cn constate depuis 1961 des applications multiples du principe du caractère contradictoire (25) dont la doctrine a, en général, surestimé la valeur et la portée.

570. — En résumé, la longue évolution des droits de la défense marquée d'abord par une unité complète fait apparaître depuis 1947 un détachement des règles, puis du principe du caractère contradictoire de la procédure, par rapport aux autres droits de la défense. La jurisprudence « Sté la Huta » (C.E. 12 mai 1961) a fait poindre un doute, à savoir, la place du principe contradictoire dans l'instance. Continue-t-il de coexister avec les principes du respect des droits de la défense ou se substitue-t-il à eux ? Ce mouvement ne signifie en rien une scission des garanties et droits du justiciable en cours d'instance, mais il révèle une formulation de plus en plus rigoureuse de certaines règles non écrites de la procédure.

§ 2. — Les rapports entre les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire de la procédure.

571. — *La plupart des garanties offertes aux parties dans l'instance se fondent dans la notion de droits de la défense dont le principe du contradictoire n'est qu'un élément.*

(23) C.E., 12 mai 1961, « Sté La Huta », Rec. p. 313.

(24) Voir *supra*, p. 372.

(25) C.E., 11 octobre 1963, « Sté des Amis du Site de Clagny », concl. Braibant, A.J.D.A., 1964.II.55, voir *infra*, p. 435 ; C.E., 10 octobre 1962, « Sté X... », A.J.D.A., 1963.II.56, voir *infra*, § 2, 420.

L'évolution jurisprudentielle récente met pourtant l'observateur devant une situation troublante. Depuis 1961, la protection des droits du justiciable est placée sous le signe du principe du caractère contradictoire de la procédure (26) au détriment des droits de la défense qui sont de moins en moins invoqués par le juge. La place respective des deux notions mérite-t-elle d'être remise en question ?

Les rapports existant entre les droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure, envisagés les uns et les autres comme principes généraux sont situés à des niveaux différents par la doctrine dont la position peut être résumée à trois thèses que nous nous proposons d'intituler formaliste, finaliste et fonctionnelle.

A. — Les conceptions formalistes des droits de la défense et du principe du contradictoire.

572. — Les conceptions formalistes des garanties offertes au justiciable accordent une place prédominante, voire excessive, au principe du contradictoire au détriment des droits de la défense.

— Pour les uns, les droits de la défense ne sont qu'un élément du principe contradictoire.

— D'autres optent pour une position encore plus absolue. La juridiction n'obéit qu'au principe du contradictoire qui s'est substitué à la notion de droit de la défense, désormais disparue.

573. — 1. *Les droits de la défense, éléments du principe contradictoire.* — Pour Vizioz (27), la cause première de la procédure est le débat contradictoire, tout le reste n'en étant que le « produit ». A ce titre, les droits de la défense ne représenteraient qu'un produit historique, limité dans l'espace et dans le temps, d'un principe originel, le contradictoire. Dans cette optique, l'accession du contradictoire au rang de principe général de procédure restreint les principes des droits de la défense. Englobés puis absorbés par le principe du contradictoire, ils devraient perdre de leur importance et même disparaître dans un avenir prévisible en tant que principes autonomes. En attendant le résultat de cette évolution, quasi inéluctable, le principe contradictoire est un principe cadre, un principe directeur.

Au plan logique la thèse paraît difficilement réfutable, mais elle repose sur une conception de l'instance discutable et ne donne qu'une explication partielle de la protection du justiciable dans l'instance.

L'instance peut être définie par rapport à elle-même ou par rapport aux parties. Dans le premier cas, elle constitue une organisation originale du procès qui répond à certaines caractéristiques dont l'une d'entre elles est le principe du contradictoire. En conséquence, les

(26) Voir *supra*, p. 376, C.E., 12 mai 1961, Rec. p. 313.

(27) *Op. cit.*, p. 42 ; voir également Heurte, « Les règles générales de procédure », A.J.D.A., 1964, I, pp. 4-8 et Cuche et Vincent, *op. cit.*, n° 290.

droits de la défense n'existeront que soumis ou intégrés au principe du contradictoire. A cette conception de l'instance, la jurisprudence en oppose une autre. L'instance est un cadre au service des parties. Les parties et, le cas échéant, le juge, assurent sa régularité parfaite par le respect des droits de la défense dont ils sont titulaires.

Faut-il rappeler également que les seules applications du principe contradictoire ne touchent qu'une phase de la procédure, l'instruction ? L'analyse proposée est donc insuffisante.

574. — 2. *La thèse négative des droits de la défense.* — A la lumière des développements jurisprudnetiels récents certains auteurs ont adopté une position encore plus radicale. M. Puysoye (28) et, dans ses écrits récents M. Odent, ont pratiquement nié l'existence des droits de la défense en matière contentieuse où l'on ne rencontrerait que le caractère contradictoire. « Les droits de la défense », écrit M. Odent, « sont dans les procédures administratives non contentieuses où la « jurisprudence en impose le respect, l'équivalent de ce que le carac- « tère contradictoire de l'instruction est dans la procédure conten- « tieuse administrative » (29). Les droits de la défense se seraient « réfugiés dans la procédure non contentieuse pour abandonner au « caractère contradictoire le rôle qui leur était autrefois dévolu en « procédure contentieuse (30).

Cette thèse constitue un raccourci logique et juridique qui ne tient pas compte des données jurisprudentielles.

— Il suffit, en premier lieu, de se reporter à l'arrêt « Société X... » pour s'en convaincre (31).

— C'est, au surplus, accorder au principe du caractère contradictoire une étendue trop grande dans l'instance. La jurisprudence n'a eu recours au contradictoire (avant et après 1961) que pour la phase d'instruction du procès : Information des parties de l'existence d'une procédure, non communication d'une pièce à l'une des parties (pièce secrète ou non), conclusions déposées tardivement ou non communiquées. L'audience de jugement fait apparaître certaines garanties qui sont des droits de la défense ou qui s'expliquent par l'existence des droits de la défense (32). Si le principe du contradictoire caractérisait à lui seul la procédure contentieuse, certains droits reconnus comme

(28) PUYSOYE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense par l'Administration », précité.

(29) ODENT, *op. cit.*, p. 911. Voir également dans ce sens, Boulbès, J.C.P., 1966.II.14.625, précité, *supra*, I, 161.

(30) MM. Auby et Drago paraissent implicitement se rallier à ce point de vue, *op. cit.*, n°s 1120-1126 et n° 1146.

(31) C.E., 10 octobre 1962, Sté X..., A.J.D.A., 1963.II.156. Voir *infra*, pp. 380 et s.

(32) D'autres droits et garanties protègent le justiciable et s'imposent à la juridiction de jugement. Ces droits ne reposent ni sur le caractère contradictoire, ni sur les droits de la défense (voir *infra* : « Les principes relatifs à la juridiction », pp 457 et s.).

droits de la défense par le juge devraient changer de nature juridique (33). Pour toutes ces raisons, les thèses formalistes doivent être repoussées au profit d'une conception plus réaliste qui permet de comprendre la place respective des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure.

B. — L'interprétation fonctionnelle ou la spécialisation des droits de la défense et du principe du contradictoire.

575. — Une interprétation fonctionnelle des deux principes peut être imaginée qui tient compte du rôle de chacun d'entre eux dans l'instance. L'un et l'autre auraient un champ d'action différent. Le principe du caractère contradictoire assurerait un certain formalisme procédural. Le principe du respect des droits de la défense permettrait ou exigerait, selon les cas, certaines initiatives des parties ou du juge. Principe contradictoire et droits de la défense constitueraient alors des notions concurrentes dont le domaine d'application serait indépendant. M. Braibant paraît se rallier à cette dernière interprétation (34) qui séduit par sa simplicité et sa clarté et retient l'attention, au premier abord, pour une double raison :

— elle présente l'avantage de laisser une certaine autonomie aux deux catégories de principes,

— elle semble d'une mise en œuvre facile : tout ce qui est libre présentation d'arguments et de moyens par les parties relèverait des droits de la défense, tout ce qui est libre et totale communication entre les parties ou le juge participerait du contradictoire.

Cette thèse qui ne trouve pas d'appui jurisprudentiel direct ne peut cependant pas être retenu. Le partage entre la *présentation* et la *communication* des arguments et moyens de défense est difficile à tracer. Le débat juridictionnel impliquant souvent les deux à la fois (35), les recoupements et interférences entre droits de la défense et principe contradictoire rendent en réalité inapplicable cette conception simple et logique en apparence.

(33) Une telle conception serait enfin dangereuse pour les justiciables. Elle aboutirait à leur retirer certaines garanties qui leur sont accordées par les droits de la défense. Retenue un temps par le Conseil d'Etat, elle a été rapidement abandonnée. L'arrêt Milliès-Lacroix (C.E., 27 avril 1949, Rec. p. 182. Voir *supra*, p. 375 et *infra*, p. 396) s'est attaché à une thèse semblable. Au nom du principe du contradictoire, un justiciable n'était averti de la procédure dont il faisait l'objet que quelques jours avant l'audience de jugement. Après un revirement, le Conseil d'Etat estima qu'au nom des droits de la défense, le justiciable devait être informé plus tôt de l'existence d'une procédure.

(34) G. Braibant, « L'arrêt Syndicat des Ingénieurs Conseils et les principes généraux du droit », Et. et Doc., 1962, p. 62.

(35) Voir *infra*, L'expertise, et notamment la convocation, p. 443.

C. — La conception finaliste des droits reconnus au justiciable dans l'instance.

576. — Les critiques adressées aux théories précédentes conduisent à rechercher la position exacte du juge. Elle révèle que la jurisprudence « Sté la Huta » C.E. 12 mai 1961 Rec. p. 313) n'a pas modifié les rapports classiques existant entre le principe des droits de la défence et celui du contradictoire.

Pour les tenants de l'interprétation finaliste des droits des parties dans l'instance, le principe des droits de la défense reste le but de toute institution procédurale. La procédure est au service des parties sous la direction du juge (36). Les droits de la défense sont composés d'un faisceau d'institutions protectrices dont certaines assurent à la procédure un caractère contradictoire. Le principe du contradictoire est alors un élément, et non des moindres, des droits de la défense. M. Odent (37), à une certaine époque, MM. Motulsky (38) et Letourneur (39) ont soutenu ce point de vue tant pour la procédure civile, que pour le contentieux administratif.

Comme l'a enseigné l'analyse historique, le juge n'a jamais admis que les droits de la défense fussent commandés par le contradictoire (40). La jurisprudence «La Huta» se plie facilement à cette interprétation à la lumière de l'arrêt « Société X... » du 10 octobre 1962 (41) : « *Sur la violation des droits de la défense :* que si ces docu- « ments ne pouvaient en raison de la règle du secret des impôts sur « le revenu prévue par l'article 2006 du même code être communi- « qués à la Société requérante, cette circonstance, en l'absence de « toute disposition législative contraire, ne permettrait au tribunal « de déroger *au principe selon lequel la procédure doit être contra-* « *dictoire* ». C'est également à cette conception finaliste que se rattache la jurisprudence belge (42). Un règlement ne respectant pas les impératifs de la communication contradictoire de pièces « ne « saurait valoir à l'encontre *du principe général que constitue le droit de défense,* inséparable de tout acte de juridiction (43).

(36) *Contra,* voir l'opinion de Vizioz, *supra,* p. 377.

(37) Voir Odent, « Les droits de la défense », Et. et Doc., 1953, pp. 55-65.

(38) M. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », *in* Mélanges Roubier, T. 2, pp. 176-200, Librairie Dalloz, 1961.

(39) *Op. cit.,* p. 44.

(40) C.E., 10 octobre 1962, Sté X..., obs. Drago, A.J.D.A., 1963.II, p. 156. Nous envisagerons, par la suite, comment le principe du contradictoire a modifié le fondement de la jurisprudence sur les documents secrets (*infra,* pp. 408 et s.).

(41) Voir *supra,* pp. 375-376 et *infra,* « Les principes généraux applicables à la juridiction ».

(42) Cass., 8 février 1960, Pasic, 1960.I.926, 928.

(43) Voir W. J. Ganshof van der Meersch, « Le droit de la défense belge, principe général du droit », *in* Mélanges J. Dabin, T. 2, notamment pp. 595-597 ; voir dans ce sens, les arrêts cités par l'auteur et surtout la note de M. P. de Vischer, sous Cass., 9 octobre 1959, Rev. crit. de juris. belge, 1960, p. 177.

Le caractère contradictoire n'est qu'un élément du principe des droits de la défense. Envisager la situation inverse contredirait le mouvement jurisprudentiel contemporain et la conception traditionnelle des droits de la défense. Les principes du respect des droits de la défense s'appliquent à l'ensemble des rapports entre le juge et les parties tout au cours de l'instance tandis que le caractère contradictoire de la procédure ne modèle que certains éléments de l'instruction.

§ 3. — Structure générale des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure.

577. — Le juge a retenu une interprétation finaliste (44) des droits des parties dans l'instance. Le faisceau d'institutions protectrices dont sont composés les droits de la défense contribue notamment à accorder à la procédure un caractère contradictoire.

Cette conception des droits de la défense peut être soutenue en recherchant successivement qui sont les bénéficiaires des garanties de l'instance, et quel est l'objet des droits de la défense. Ensuite une définition et une énumération des droits de la défense pourra être dégagée.

A. — Les bénéficiaires des garanties de l'instance.

578. — Le cercle des titulaires des droits et garanties de l'instance dépasse la notion de « défendeur » qui paraît résulter du concept des droits de la « défense ». Les droits de la défense et le principe du contradictoire s'appliquent à tous ceux qui sont unis par le lien juridique d'instance. Bien qu'il soit le plus souvent demandeur, le particulier est le grand bénéficiaire des droits de la défense car c'est en règle générale, l'Administration qui, par son attitude, rompt l'égalité qui doit exister entre les parties dans l'instance. Le juge, grâce aux principes généraux de procédure, rappelle à l'Administration quelles sont ses obligations comme partie ou procès.

En admettant que l'instance engendre des relations triangulaires entre chacune des parties et le juge, d'une part, et les parties entre elles, d'autre part, les droits et obligations nés de l'instance sont alors multiples. Nier l'existence de liens fonctionnels entre le juge et les parties (45) ne supprime pas leurs droits et devoirs réciproques, mais rend plus malaisée l'analyse des garanties dont les parties disposent.

(44) Voir *supra*, pp. 376-380.

(45) Sans aborder la querelle qui oppose les auteurs sur ce point, citons certains défenseurs éminents de cette thèse, Vizioz, *op. cit.*, p. 101. L'auteur cite également, « Les principes de Chiovenda ». Cf. également Cuche et Vincent, *op. cit.*, 329-331 ; *contra*, Cornu et Foyer, p. 327.

I. — *Les parties en cause.*

579. — Dans le contentieux administratif, il y a quasi-identité entre les titulaires des droits (et devoirs) nés de l'instance, et les bénéficiaires des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure. *Les droits de la défense apparaissent donc dans les rapports entre les parties et dans les devoirs du juge à leur égard. Le caractère contradictoire de la procédure connaît les mêmes bénéficiaires et obligataires.* C'est le lien juridique d'instance qui a fait naître ce réseau de rapports.

Mais comment, partant d'une notion apparemment étroite, celle des droits du défendeur, aboutit-on à une notion très large, celles des droits et obligations liant défendeur, demandeur, juge et, éventuellement, intervenants ? Les publicistes, plus soucieux d'opposer la procédure administrative à la procédure civile que de rechercher les fondements de la première, affirment que les bénéficiaires des garanties de l'instance ou des droits de la défense, sont plus nombreux dans leur discipline qu'en droit judiciaire privé. Or, dans cette dernière branche, pas plus que dans le contentieux administratif « droits de la défense » ne signifie droits du défendeur. L'expression n'est qu'une transposition grammaticale d'un terme de procédure pénale en procédure civile (46). Mais la transposition a eu pour conséquence une transformation de la notion. En procédure pénale il n'y a qu'une partie (l'inculpé ou l'accusé) ; en procédure civile, il en existe au moins deux (le demandeur et le défendeur). Elles bénéficient des droits reconnus à la seule partie existante dans le procès pénal. L'emprunt par le contentieux administratif a été accompagné d'un élargissement comparable. Il faut alors entendre par droits de la défense non seulement le droit de la « défense des intérêts de chacune des parties » (47) mais également celui des intervenants. Depuis l'arrêt « Société La Huta » (C.E. 12 mai 1961 Rec. p. 313) l'intervenant bénéficie du même privilège que les autres parties en vertu du principe contradictoire. Déjà en 1918, le commissaire du gouvernement Berget estimait que « ce qu'on appelle droit de la défense doit s'en- « tendre des droits de toutes les parties en cause » (48).

L'image originaire des deux parties égales du fléau qui symbolise traditionnellement les droits des parties (49) vaut également pour l'œuvre accomplie par les principes généraux. Le droit administratif assurant une égale protection aux parties à l'instance, demandeur et

(46) Cf. G. del Vecchio, « La justice - La vérité », Dalloz, 1955, p. 40 et p. 129.

(47) Cf. Motulsky, *loc. cit.*, p. 184. La Cour de cassation a toujours entendu les droits de la défense, en ce sens, Cass. civ., 9 décembre 1952, J.C.P., 1953.II.7401, note J.P. Cf. Cass. civ., 10 avril 1960, Bulletin civil, n° 272, p. 183.

(48) C.E., 10 août 1918, Villes, concl. p. 843.

(49) Del Vecchio, « La justice - La vérité », Ed. Dalloz, 1955, pp. 40 et 129. L'école du droit naturel est très attachée à ce symbole qui, avec celui du corps tranché par moitié par l'épée, caractérise le droit des parties dans l'instance.

défendeur pourront se prémunir contre toute tentative de surprise provenant de leur adversaire ou du juge (50). L'Administration est aussi contrainte de respecter l'égalité qui caractérise ses rapports avec le particulier dans le procès.

Cette simple constatation revêt un aspect particulier dans le contentieux administratif. Qui aurait pu imaginer il y a cent cinquante ans que l'Administration serait placée, dans les rapports contentieux, sur le même plan que le particulier ? C'est pourtant à ce résultat que sont parvenus les droits de la défense. C'est ainsi que l'Administration ne peut plus invoquer indûment l'existence de documents secrets (51) et doit répondre à toute demande d'explication à elle adressée par le juge (52).

Les droits de la défense seront donc des droits des personnes en cause à l'instance, c'est-à-dire toutes les personnes intéressées (demandeur, défendeur, intervenant).

II. — *Le juge et les garanties de l'instance.*

580. — Les liens triangulaires de l'instance font apparaître un nouveau personnage intimement associé aux parties : le juge. Il n'est pas un titulaire, mais un *protecteur* de droits de la défense. Originairement, l'intervention du juge était commandée par le caractère inquisitoire de la procédure ; aujourd'hui, c'est davantage la protection de son caractère contradictoire qui nécessite la présence et la vigilance du juge. Il assure plus directement la réalisation et la protection du contradictoire que la mise en œuvre des autres droits de la défense. L'initiative du juge ne réalise pas, à elle seule, la protection des droits et ne légitime pas l'inertie des parties. Actes du juge et initiative des parties sont, selon les circonstances, à l'origine de l'information et de la progression de l'instance. L'exercice des droits de la défense peut donc être résumé à une *collaboration* entre le juge et les titulaires des droits pour que ces derniers puissent effectivement bénéficier des garanties qui les protègent (53).

(50) Les droits de la défense bénéficiaient aux parties à tous les stades de la procédure. Le droit d'être averti de l'existence d'une procédure engagée protège le futur défendeur, le droit d'en connaître le déroulement, d'obtenir une information suffisante et utile, la possibilité de contredire les arguments de l'adversaire et celle d'obtenir une décision de justice bénéficient au demandeur et au défendeur.

(51) Voir *infra,* S. II, S.S. III, pp. 418 et s. C.E., 11 mars 1955, ministre de l'Intérieur c. Coulon, concl. Grévisse, R.D.P., 1955, p. 995.

(52) C.E., 28 mai 1954, Barel, concl. Letourneur, Rec. p. 308, R.D.P., 1954, p. 509 ; note Eisenmann, R.P.D.A., 1954, p. 149, note Long, A.J.D.A., 1954.II.393, note Liet-Veaux, Rev. Adm., 1954, p. 313, voir *infra,* pp. 409 et s.

(53) Prenons comme exemple le droit des parties de demander une expertise et celui du juge de refuser ou d'accéder à la demande. Cette collaboration se retrouve également en procédure civile. En dépit de leurs caractères opposés, les deux procédures se ressemblent et aboutissent l'une et l'autre à une solution moyenne. Cf. Debbasch, *op. cit.,* p. 144.

Les obligations du juge sont beaucoup plus larges que celles que recouvrent

581. — Les titulaires des droits de la défense et les bénéficiaires du caractère contradictoire de la procédure sont, en toute hypothèse, les mêmes individus, c'est-à-dire les personnes en cause à l'instance. Ils exercent ces droits sous le contrôle et la garantie du juge. L'étude de l'objet des droits de la défense et du caractère contradictoire imposera une constatation du même ordre.

B. — L'étendue de la garantie offerte aux « personnes intéressées » par les droits de la défense.

582. — Par son existence même et son déroulement, l'instance est une garantie. Elle soustrait les parties aux voies et pressions extra-judiciaires ; le législateur, dont l'œuvre a été complétée par les principes généraux, a introduit un certain nombre de règles de déontologie contentieuse : les garanties propres à l'instance. Toute garantie offerte aux personnes en cause dans l'instanse se confond-elle avec les droits de la défense ou faut-il au contraire distinguer garanties générales, droit de la défense et caractère contradictoire de la procédure ?

La question n'a pas été expressément tranchée, car l'étendue des droits de la défense est liée, en réalité, aux éléments de l'instance pris en considération. Si la cause est sans influence sur la notion de droits de la défense, l'objet et les parties modèlent les garanties accordées. Dans une conception large, il y a confusion entre principe du respect des droits de la défense (ou caractère contradictoire de la procédure) (54) et toutes garanties offertes au justiciable par l'instance. Dans une conception plus étroite, qui ne prend en considération que les *moyens* offerts aux parties en cause dans l'instance, les droits de la défense ou le caractère contradictoire auront une résonance plus limitée, mais plus réelle.

I. — *La conception large des droits de la défense.*

583. — La première thèse englobe la plupart des éléments de l'instance et fait reposer le procès administratif ou civil sur l'existence en faveur du justiciable des droits imprescriptibles, qui ont leur source dans les textes ou dans les règles non écrites. *Les moyens, incidents et voies de recours* mis à la disposition des parties sont pour elles *des droits* en dehors même des textes. A la lumière du droit naturel la défense est un droit imprescriptible qui transcende les normes du droit positif. « Le droit de se défendre en toute discussion judiciaire

les principes du respect et des droits de la défense. Certaines sont inhérentes à la juridiction : obligation de rendre une décision juridictionnelle, secret délibérés, obligations d'impartialité. La plupart de ces sujétions sont réglementées par les principes généraux de procédure. Voir *infra*, pp. 462 et s.

(54) Voir *supra*, Les différentes conceptions, théories explicatives des garanties à l'instance : formaliste, fonctionnelle, finaliste. Les unes et les autres établissent des rapports différents entre principes du respect et des droits de la défense et principe du contradictoire.

« est un droit naturel et sacré dont personne ne peut être privé ; et « sa violation emporte nullité, bien que la loi ne le prononce pas « textuellement (55). » Les droits de la défense sont alors des droits qui ont appartenu à la conscience commune avant même d'appartenir à la science juridique (56).

La procédure (au sens restreint du terme) est au service du justiciable et constitue pour lui un droit, une garantie (57). Le justiciable est un réactif qui transforme les règles de procédure en droits de la défense. Ceux-ci constituent une notion constante à contenu variable. Les droits de la défense sont ainsi confondus avec toutes les garanties offertes au justiciable par l'instance (58).

584. — Dans sa formulation moderne, cette théorie implique la reconnaissance de nombreux droits qui ont pour base l'égalité des parties et le principe « *audiatur et altera pars* ». Le justiciable doit être averti de l'existence et du déroulement de la procédure, présenter tous les arguments utiles à la défense, choisir librement un défenseur ; il peut former opposition (59) à tout jugement rendu par défaut, utiliser toutes les voies du recours (60) que permettent l'organisation juridictionnelle. De son côté, le juge doit appliquer et faire appliquer une instruction contradictoire. Le tribunal doit présenter toutes les garanties d'impartialité pour rendre une justice sereine (61).

Cette conception extensive des droits de la défense est sujette à caution, et dans son fondement, et dans sa mise en œuvre. Au premier

(55) A. Le Rat de Magnitot, « Dictionnaire de droit public et administratif », Ed. Joubert, Paris, 1836, V. Droit de la défense, p. 376. La définition est le reflet de la jurisprudence de l'époque, Cass. civ., 7 mai 1828, S. 1828.I.329, voir également dans ce sens, concl. Corneille sur C.E., 20 juin 1913, Téry, Rec. pp. 736-738.

(56) Del Vecchio, *op. cit.*, p. 40.

(57) C'était la conception de M. Donnedieu de Vabres en 1949. Décrivant l'œuvre du Conseil d'Etat dans les garanties des droits de la défense, l'auteur affirme : « C'est elle qui permet de comprendre la jurisprudence d'après laquelle toute décision émanant d'une juridiction administrative est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'Etat... » Il s'appuie sur l'arrêt d'Aillières de 1947 pour confirmer sa thèse (Et. et Doc. 1949, p. 36).

(58) Cette conception extensive des droits de la défense se confond en partie avec le critère finaliste des rapports entre droits de la défense et principe du contradictoire (voir *supra*) sans qu'il y ait pour autant identité. Les partisans de la conception extensive adhèrent nécessairement au critère finaliste (le contradictoire est un droit de la défense, mais il est au même titre que l'opposition, par exemple). En revanche, tous les partisans du critère finaliste sus-indiqué ne souscrivent pas à la conception extensive des droits.

(59) Motulsky, *op. cit.*, p. 321 et conclusions Corneille, précitées, p. 738.

(60) Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives françaises », Etudes et Doc., 1949, pp. 30-49. L'auteur estime que ce sont les droits de la défense qui permettent de comprendre la jurisprudence relative au recours de cassation (d'Aillières).

(61) Concl. Corneille, précitées, p. 738, « Les droits de la défense exigent : 1° que tous les membres du tribunal professionnel aient assisté à toute la séance... ; 2° que la décision contiennent les noms de tous ceux avec le concours desquels elle a été rendue... ; 3° que les décisions soient motivées ».

plan, elle dispose du crédit que l'on accorde à la philosophie juridique qui l'inspire. Dans une optique du droit naturel sont qualifiés principes généraux du droit ou de la procédure toutes les règles qui constituent le fond commun, écrit ou non des législations évoluées (62). Les possibilités d'extension presque illimitées qu'engendre la thèse large des droits ne permettent pas de la retenir sous cette forme. La confusion qu'elle réalise entre les concepts de « garantie et de défense » est abusive. Chaque garantie qui a pour cadre l'instance n'est pas nécessairement un élément de la défense. Toute institution procédurale est, par essence, une garantie offerte au justiciable, sans être pour autant constitutive d'un droit de la défense. Il est vrai que les voies de recours protègent le justiciable dans son droit à l'action, dans la faculté qui est la sienne d'obtenir une décision de justice, mais ne peuvent être réduites à un droit de la défense.

II. — *Le critère restrictif des droits de la défense.*

585. — On peut adjoindre à la conception large des droits de la défense un correctif qui rend moins extensible la notion et correspond davantage aux données actuelles de la jurisprudence. La qualification formelle donnée à certains droits par le Conseil d'Etat permet leur recensement tout en facilitant une classification des sources juridiques non écrites.

L'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme celle d'ailleurs de la Cour de cassation belge, (63) révèle que les droits de la défense ne sont invoqués que dans des circonstances précises et constantes. Toute l'activité que le Conseil d'Etat a consacré à la protection des droits du justiciable ne concerne que deux éléments de l'instance : l'instruction et l'audience de jugement, à l'exclusion des voies de recours et de certains incidents (64).

L'extension de l'instance par les voies de recours a été réalisée notamment grâce aux principes et règles générales de procédure, mais ce mouvement s'est fait en dehors des droits de la défense et non pas grâce à eux. Le recours en cassation a pour base le principe de légalité (65) mais aucune explication reposant sur les droits de la défense n'a jamais été invoquée à ce propos. De la même façon, la faculté offerte au défendeur défaillant de prolonger l'instance par la voie de l'opposition est sans rapport avec les droits de la défense. L'assimilation faite entre eux provient d'un contresens sur le terme du contra-

(62) Voir *supra*, 1re partie, « Les principes généraux de procédure et le droit naturel », pp. 115 et s.

(63) Elle décide notamment que « le principe général de la motivation des arrêts », participe de la fonction juridictionnelle des tribunaux et non des droits de la défense, Cass., 9 octobre 1959, concl. de Termicourt, Pasic, 1960.I.170.

(64) Il en va ainsi, malgré certains rapports, de la procédure de récusation des juges (voir *infra*, pp. 476 et s.).

(65) Voir *supra*, pp. 323 et s.

dictoire. Il est vrai que les droits de la défense ont bien pour objet principal de donner à la procédure un caractère contradictoire en dehors de tout texte précis. Il est également vrai que le législateur a protégé celui à l'égard duquel l'instance n'a absolument pas été contradictoire ; la voie de l'opposition lui est ouverte parce que le jugement a été rendu par défaut. Mais pourquoi identifier le « contradictoire » du législateur et celui des principes généraux ? Ils ont des traits communs indéniables, mais engendrent des conséquences parfois différentes. Le non-contradictoire qui ouvre droit à l'opposition bénéficie au seul défendeur qui n'a pas participé à certaines phases de l'instance (66). Le non-respect du contradictoire qui entraîne une violation des droits de la défense bénéficie, lui, à toutes les parties à l'instance, mais ne porte que sur certains éléments de la procédure. L'origine du principe contradictoire et celle du contradictoire législatif relèvent d'un même souci. L'un et l'autre ont pour objet l'égalité des parties dans l'instance. En conséquence, tous les deux assurent une information complète des parties et une liberté des moyens de défense. Il existe des degrés dans la gravité de l'atteinte faite au caractère contradictoire, degrés qui sont sanctionnés différemment. Si le caractère contradictoire a été violé partiellement il est sanctionné par le juge supérieur au nom des droits de la défense. S'il n'a pu exister (67) la procédure du défaut qui en a résulté peut être réparée, en dehors de toute idée de droit de la défense, par l'opposition.

586. — En résumé, *seuls les droits issus de l'instruction et de l'audience du jugement constituent les droits de la défense.* Ils font bénéficier les justiciables d'une instruction contradictoire et d'une libre défense devant une juridiction impartiale.

C. — Définition et énumération des droits de la défense.

587. — L'instance est une unité formelle composée d'éléments qui font d'elle une construction dynamique. Chaque acte de l'instruction et de l'audience du jugement, considéré indépendamment du tout auquel il appartient, apparaît comme un acte juridique dont le respect s'impose au juge et aux parties. Parmi eux, *tout acte procédural d'information au de preuve qui peut exercer une influence certaine sur le déroulement et la solution du litige a vocation à devenir un élément des droits de la défense.* L'étendue et la structure du principe du respect des droits de la défense méritent d'être précisées.

— Tous les éléments de chacune des phases de l'instance constituent-ils des droits de la défense ? Il faut rappeler, en premier lieu,

(66) Voir *supra*, pp. 346 et s.

(67) Dans les deux jurisprudences, la législation récente restreint et dans certains cas supprime le défaut, ce qui entraîne corrélativement un développement des droits de la défense.

que seule l'instruction et l'audience de jugement qui la prolonge sont protégés par les droits de la défense. Il convient, en second lieu, de préciser que les règles relatives aux voies de recours, à la juridiction et au jugement, bien qu'elles paraissent contenir des garanties pour les justiciables, ne mettent pas en jeu les droits de la défense.

— Existe-t-il un principe général unique ou plusieurs principes des droits de la défense ? Toute réponse proposée doit être nuancée. Il serait aussi inexact de dire qu'il existe *un* principe strict et précis des droits de la défense que de prétendre qu'on ne décèle *qu'une série* de principes et de règles non écrites. La jurisprudence révèle un « *principe général du respect des droits de la défense* » *applicable par toutes les juridictions administratives.* Il peut être qualifié de « *principe cadre* », c'est-à-dire qu'il est composé d'un certain nombre de principes généraux de règles générales de procédure et de règles non définies.

588. — L'énumération des droits de la défense doit être envisagée à la lumière de la structure du principe :

— Une première série de droits permet au justiciable d'être averti de l'existence et du déroulement de la procédure qui l'intéresse.

Un principe général de procédure reconnaît à tout intéressé le droit d'être averti de toute procédure engagée contre lui (C.E. 24 mars 1950 Bergery, Rec. p. 187).

Des règles et principes généraux de procédure permettent au justiciable d'être averti du déroulement et de la progression de l'instance : mesures de simple instruction, mesures proprement inquisitoriales (C.E. Vouillaume 14 mai 1937, Rec. p. 498), incidents relatifs à la preuve (C.E. 10 août 1918 Villes, Rec. p. 841). Le justiciable sera également averti par le juge de tous les documents transmis par l'adversaire (C.E. 20-1-1933 « Cie générale des Papiers » Rec. p. 71) et de la date de l'audience. Un principe général de procédure a condensé toutes ces protections en une seule : le droit des parties d'être informées de tout fait nouveau (C.E. 11 mars 1960 « Sté des Travaux et des Carrières du Maine » D. 1960. J. 433).

— Une seconde série de droits donne au justiciable la faculté de produire librement tous arguments jugés utiles par lui (C.E. 12 février 1958 Kouch, Rec. p. 196 ; C.E. Epoux X... 4 juin 1947, Rec. p. 47), et de réfuter contradictoirement ceux de son adversaire. (C.E Vouillaume, 14 mai 1937, Rec., p. 498). Cette latitude offerte au justiciable est protégée par le principe du caractère contradictoire de la procédure (C.E. 12 mai 1961 « Sté la Huta » Rec. p. 313). Cette dernière règle non écrite intervient au même titre que les autres droits de la défense dans les garanties offertes au justiciable.

La structure verticale du principe général introduit une hiérarchie entre les normes juridiques constitutives de droits de la défense. Au sommet de la pyramide se trouve le principe du respect des droits

de la défense. Il gouverne tous les autres principes, règles générales de procédure, règles non définies et un certain nombre de textes (68). Il est complété et renforcé dans toute la phase de l'instruction avant la séance de jugement par le principe du contradictoire (C.E. 12 mai 1961 « Sté la Huta » Rec. p. 312) qui pourrait répondre à la formulation plus rigoureuse de principe contradictoire de l'instruction. Ces principes en gouvernent d'autres qui ont une portée plus limitée. Le principe selon lequel le nombre des documents présentés par les parties ne peut être limité (C.E. Kouch, précité), la communication des pièces aux adversaires et au juge, le droit d'obtenir une instruction complète, etc. peuvent être cités à ce propos. A leur tour, ces principes déterminent l'application de règles générales de procédure. Elles sont très nombreuses et modèlent dans une sphère restreinte l'instance selon une technique proche de celle du droit judiciaire privé.

589. — La hiérarchie des normes constituant le principe du respect des droits de la défense est d'une grande souplesse. Une simple règle générale de procédure peut mettre directement en œuvre le principe des droits de la défense sans être médiatisée par le principe du caractère contradictoire. Inversement les droits de la défense peuvent imposer directement l'application d'une règle procédurale — (contenue dans un texte) — qui n'a ni le caractère de principe ni celui de règle générale de procédure.

590. — Tous les éléments d'information et de preuve de l'instance sont ainsi regroupés dans les droits de la défense et en font un principe cadre qui répond à la définition suivante :

Le principe des droits de la défense assure la protection des personnes en cause en cours d'instruction et pendant l'audience de jugement en imposant au juge et aux parties, en dehors et au-delà de tout texte précis, le respect d'une défense et d'une argumentation libres, contradictoires et complètes.

Les droits de la défense font obligation au juge d'avertir les justiciables de toute instance les intéressant et de tout élément ou fait nouveau susceptible d'avoir une incidence sur leur défense. Cette obligation du juge est réalisée par une instruction contradictoire. Les droits de la défense permettent également aux parties de déposer tout document ou de présenter tout argument qu'ils jugent utiles à leur défense et de répondre librement à l'argumentation de leur adversaire.

(68) Nous rappelons qu'un texte législatif et réglementaire peut être qualifié de « droit de la défense », cf. *supra*, 1re partie. La non-communication d'une pièce prévue par le législateur est une violation des droits de la défense. Cette qualification est également donnée en matière disciplinaire et d'épuration. La violation d'une prescription contenue dans l'article 2 de l'ordonnance du 6-12-43 sur l'audition des intéressés, Odent, concl. Mattei, Belloir, Tabti, Aramu, C.E. Ass., 26-10-1945, Et. et Doc., p. 52.

CHAPITRE II

Etude des différents droits de la défense.

591. — Parce que l'instance est au service du justiciable, les droits de la défense la modèlent complètement. Ils bénéficient, sous le contrôle du juge et parfois malgré lui, aux parties en cause. L'analyse de chacun des droits de la défense révèle certaines données constantes :

1) Chaque droit met en présence les mêmes acteurs : Juge et parties qui collaborent plus ou moins intimement à la recherche de la vérité. Cette collaboration a pour conséquence de supprimer tout effet de surprise dans la procédure contentieuse. Ici le formalisme a une fonction purement moralisatrice. C'est pourquoi le principe du contradictoire a acquis une place prépondérante parmi les droits de la défense.

2) Les principes généraux, loin d'imposer à la procédure une rigueur excessive, ont introduit une liberté et une souplesse remarquables dans la protection des droits de la défense.

3) Les différents principes étudiés permettent la généralisation de la législation applicable au Conseil d'Etat ou aux Tribunaux administratifs ou la transposition de certaines des positions du Code de la Procédure civile à l'ensemble des juridictions.

592. — Les droits de la défense tels qu'ils ont été prévus et organisés par les principes généraux ont un triple objet : L'avertissement des parties, la libre production des arguments, les obligations du juge vis-à-vis des parties, ce qui revient à étudier :

— Le droit des parties d'être informées de l'existence et du déroulement d'une procédure (§ 1).

— Le droit des parties de produire tous documents et de présenter toutes observations utiles à leur défense (§ 2).

— L'obligation pour le juge de diriger une instruction contradictoire (§ 3).

§ 1. — Le droit des parties d'être informées de l'existence et du déroulement d'une procédure.

593. — Etait-il réellement nécessaire que les parties fussent assurées de l'existence puis du déroulement d'une procédure par les règles non écrites ? Il est indispensable de rappeler ici encore la mauvaise organisation procédurale des juridictions spéciales auxquelles le Conseil d'Etat a formulé des exigences précises. Il a fallu réclamer d'elles non seulement qu'elles avertissent les intéressés du déroulement de l'instance, mais également de l'existence des procédures dont ils pouvaient faire l'objet.

A. — Le droit des parties a être informées de l'existence d'une procédure contentieuse (1).

594. — Pour que les parties soient à même de faire valoir raisonnablement leurs moyens de défense, elles seront obligatoirement avisées de l'existence de la procédure qui les intéresse. La naissance du litige et la liaison du contentieux nécessitent une information indiscutable des parties qui est assurée différemment en droit processuel privé et public. L'informateur et les moyens d'information ne sont pas les mêmes, mais dans les deux cas, l'information met moins en cause le caractère contradictoire de la procédure que la protection directe des droits de la défense (2). En application du caractère inquisitoire de la procédure, le procès administratif est porté à la connaissance des parties plus par le juge que par le demandeur, alors qu'en procédure civile l'assignation est l'œuvre exclusive du mandataire et de la partie demanderesse.

Le législateur et les principes généraux n'ont pas fait d'un acte de procédure déterminé l'unique élément d'information. Selon leur qualité, les parties peuvent être averties de l'existence de procédure et mises en cause en plusieurs temps :

— La décision préalable est une phase précontentieuse qui place progressivement l'administration dans la position de défenderesse qu'elle occupera véritablement *dès* que le juge sera saisi. Elle a pour objet de laisser entrevoir l'éventualité du recours.

(1) Sur l'ensemble de la question. Cf. G. Maleville, « Instruction et jugement des requêtes et recours », J. Cl. adm., Fasc. 617 et Ch. Gabolde, « Traité pratique de la procédure administrative contentieuse », Tribunaux administratifs, Paris, Dalloz, 1960.

(2) L'information ici réalisée peut être comparée à la procédure non contentieuse. Tout administré doit être informé de l'intention de l'Administration de prendre une sanction à son égard, C.E. sec., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Sté coopérative d'insémination artificielle, chronique générale Fourré, A.J.D.A., 1964.I.28 et II.59.

— L'ordonnance de soit-communiqué ou tout autre acte de même nature (devant les juridictions spéciales) révèle aux deux volontés antagonistes la réalité du litige.

— Enfin dans les cas où la juridiction se saisit d'elle-même, l'information est beaucoup plus difficile à préciser, mais doit nécessairement exister. Dans les deux dernières hypothèses le rôle inquisitoire du juge joue pleinement pour qu'au-delà des droits de la défense soit réalisé le caractère contradictoire de la procédure. Le principe selon lequel les parties doivent être averties de l'existence d'une procédure est absolu. Il s'applique naturellement à toutes les instances juridictionnelles, mais également à la procédure non contentieuse.

595. — Les deux étapes principales de l'information peuvent être envisagées successivement :

— la règle de la décision du préalable qui constitue un lien préjuridictionnel sans avoir la qualité de principe général de procédure.

— la mise en cause des parties protégée devant les juridictions par un principe général de procédure.

I. — *La règle de la décision préalable.*

596. — La décision préalable, qu'elle soit implicite ou explicite, fait naître un lien préjuridictionnel entre les parties sans que le juge ait à intervenir. Sans être pour autant un principe général de procédure, la décision préalable est la règle de droit commun des recours contentieux (3), surtout depuis son extension aux Tribunaux administratifs et aux autres juridictions (4) et permet une liaison aisée du contentieux (5). Si à la suite du rejet de ses prétentions (par la décision implicite ou explicite) le litige est soumis par le requérant à la justice, on peut considérer que l'administration défenderesse a fait l'objet d'un commencement d'information. Avec la décision implicite de rejet gît une difficulté. La règle en vertu de laquelle ce silence engendre décision de rejet empêche l'administration de s'opposer à ce que le contentieux soit lié. Comment un silence équivaut-il à la fois à une information et à une acceptation du contentieux ? Certaines administrations, soit par tradition, soit parce que leur activité

(3) Voir art. 1er de la loi du 7 juin 1956.

(4) V. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1268. Les articles 1er et 2 de la loi du 7 juin 1956 avaient étendu la décision préalable à « la juridiction administrative ». On a considéré qu'elle s'applique devant toutes les juridictions administratives (C.E., 13 janvier 1961, Sté Rousseau, Laroque et Cie, pour la commission nationale des accidents du travail, R.D.P., 1961, p. 677).

(5) On a pu penser que la règle selon laquelle le silence gardé pendant quatre mois par une autorité administrative valait décision implicite de rejet, était un principe général de droit. L'arrêt de Section « Société Professionnelle de dessin industriel » (C.E., 20 avril 1956, Rec. p. 163), rendu sur les conclusions de M. Long a rappelé que la règle n'existait qu'en vertu d'un texte législatif. Sur l'ensemble de la question, v. Auby et Drago, *op. cit.*, n°s 1263-1264, de Laubadère, *op. cit.*, n° 740 et Bernard, « Le contentieux des travaux publics », A.J.D.A., 1960.I.85.

dépasse le rythme de travail qui peut normalement être imposé, opposent fréquemment un silence aux requêtes qui leur sont adressées. De leur abstention naît une décision, un acte générateur d'effets juridiques, car ce silence équivaut au rejet des prétentions du particulier et permet de lier le contentieux. Peut-on affirmer qu'il en résulte un avertissement ou une information pour l'administration ? Cela revient à prétendre qu'elle est informée de l'instance à naître par son propre silence. Si paradoxale que puisse paraître une telle affirmation, il est possible de la maintenir, avec une certaine réserve. Les textes, par leur généralité, font du préalable administratif sous ses deux formes une règle automatique de portée très vaste. L'administration sait que le silence opposé à une demande précise fera, néanmoins, naître une décision qui permettra au contentieux d'être lié. L'automatisme de la règle permet aux autorités administratives de calculer par avance les conséquences de leur attitude. On peut alors prétendre que le silence, de la même façon qu'il équivaut à une décision de rejet, équivaut aussi à une information de l'administration. Il y a ici information implicite du futur défendeur à l'instance. De cette information résulte une acceptation, elle-même implicite, de l'administration à voir le litige soumis au juge.

597. — Cette interprétation de la décision préalable ne fait que compléter celle qui lui est donnée normalement dans le cadre de la liaison du contentieux (6). La décision préalable est un des éléments nécessaires de la liaison du contentieux. Or, pour que le contentieux soit lié, il faut un accord des futures parties en cause de l'instance. Cet accord implique nécessairement une communication et une information des parties. Par la décision de rejet l'administration est informée de la naissance du contentieux. L'autorité administrative se voit imposer, si le particulier le désire, d'accepter le débat contentieux à l'issue duquel le juge dira le droit. Elle est donc avertie par sa propre décision de la naissance possible de l'instance.

II. — *Le principe général de la mise en cause des parties par le juge.*

598. — La mise en cause des parties est réalisée, en vertu des textes et des principes généraux de procédure, par le juge ou par le demandeur en collaboration avec lui. La procédure de la requête introductive d'instance prévue pour le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs a été étendue, après avoir subi les assouplissements nécessaires, à l'ensemble des juridictions administratives. C'est à ce titre que l'acte procédural fait partie des droits de la défense et constitue un principe général de procédure.

(6) Voir Bonneau, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », D. 1955, chr. II, Gabolde, *op. cit.*, n°s 115 et s. Auby et Drago, *op. cit.*, n°s 1260-1265. Voir de Laubadère, *op. cit.*, n° 751.

a) *La mise en cause devant les juridictions de droit commun.*

599. — La procédure de la mise en cause des parties est la même devant les deux juridictions à compétence générale. Elle suppose l'intervention active du juge ou d'un organe administratif.

Devant le Conseil d'État, pour toutes les affaires non dispensées du ministère d'avocat, la mise en cause des parties autres que l'Etat est réalisée par une ordonnance de soit-communiqué, signée du président de la sous-section d'instruction (7). Dans les autres cas, c'est-à-dire dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir ou dans les affaires mettant en cause l'Etat, la requête introductive d'instance est transmise par la voie administrative. C'est également par la voie administrative que sont avertis les tiers intéressés (8). La procédure est semblable devant les tribunaux administratifs (9).

L'intervention du juge est destinée à protéger les droits de la défense et trouve une explication historique. Elle est une survie des traditions judiciaires de l'Ancien Régime (10) et consacre le souci de protéger l'Administration, généralement défenderesse, dans le contentieux de pleine juridiction. Cette faveur faite à l'Administration ne rompt pas néanmoins l'égalité entre les parties. La réglementation écrite des droits de la défense est la pièce maîtresse de la procédure devant les deux juridictions administratives les plus importantes, mais les insuffisances législatives et réglementaires ne permettent pas toujours l'avertissement devant les autres juridictions. Un principe général s'imposait qui consacrerait le droit des parties d'être averties de l'introduction d'un pourvoi.

b) *La mise en cause des parties devant les juridictions spéciales.*

600. — Les juridictions spéciales sont sujettes d'obligations sanctionnées par les principes généraux de la procédure avec la plus grande souplesse. Le rôle inquisitoire du juge joue alors pleinement dans le but de permettre aux parties de faire valoir leur défense. Le principe a été clairement invoqué par le Conseil d'Etat à la suite d'une évolution jurisprudentielle continue. Une juridiction ne peut vala-

(7) Art. 54 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

(8) Le juge adresse des communications aux tiers intéressés qui sont invités à faire valoir leur droit sans que les « parties » au recours ne participent aux communications. Le juge décide seul, des personnes qu'il doit avertir de l'introduction du recours et y fait procéder par la voie administrative. Il est nécessaire, en effet, que le requérant ne soit pas chargé par lui-même d'aviser de son recours tous les intéressés dont il ignore souvent l'existence. Dans le contentieux objectif, la requête est dirigée contre l'auteur d'un acte, qui, en vertu de l'organisation administrative, n'est pas le seul intéressé par l'annulation de l'acte. Le juge protège ainsi les droits de l'Administration sans nuire à ceux du requérant et respecte l'égalité qui caractérise les droits de la défense (voir *supra*, pp. 365 et s.).

(9) Art. 1er et 7 de la loi du 22 juillet 1889. Cf. notamment, Ch. Gabolde, « Traité pratique de la procédure administrative contentieuse. Tribunaux administratifs », Paris, 1960, Ch. VI, « L'introduction de la réclamation contentieuse », pp. 114 et s.

(10) Odent, *in* « Les droits de la défense », Et. et Doc., 1953, p. 57.

blement statuer sans avoir à rappeler aux intéressés les faits qui ont donné lieu à la procédure. Ce principe a été dégagé en matière disciplinaire et transposé au plan contentieux.

Les commissaires du gouvernement et les annotateurs ont toujours remarqué depuis les arrêts Téry et Villes (11) que l'intéressé devait être averti de la procédure engagée contre lui devant tout organisme disciplinaire. Dans le même domaine, la Cour de cassation applique un principe comparable et annule toute sanction prise à l'encontre d'un avocat alors que l'inculpé n'avait pas été appelé à l'instance (12). L'information donnée à l'intéressé précédait ou était accompagnée, selon les cas, de la communication du dossier. L'administration doit obligatoirement prendre l'initiative d'aviser l'intéressé de son intention de lui infliger une sanction.

Les juridictions administratives ont désormais l'obligation, en dehors de tout texte précis, d'aviser les intéressés de la procédure qui les concerne. Le jury d'honneur a donné le signal à cette évolution en raison de sa saisine particulière. La règle a commencé de jouer discrètement en faveur de l'un des requérants traduits devant cette juridiction, le sieur Fauchon (13). Aux termes de l'ordonnance du 6 avril 1945, le Jury d'Honneur pouvait être saisi par les individus frappés d'inéligibilité ou se saisir lui-même. Dans cette dernière hypothèse, le Jury avait l'obligation de faire connaître à l' « intéressé » son intention d'user de cette faculté pour que celui-ci fut à même de présenter ses observations (14).

601. — Par la suite, la section du contentieux du Conseil d'Etat rappela aux mêmes Jurys d'Honneur, dans une affaire Bergery, leur devoir « *d'aviser l'intéressé de la procédure* "suivie à son égard" afin « de le mettre ainsi en mesure de présenter ses observations devant « le Jury d'Honneur » (15). En l'espèce le silence observé par la juridiction était d'autant plus regrettable que le sieur Bergery n'était candidat à aucune élection et qu'il se trouvait à l'époque incarcéré à la prison de Fresnes.

L'accent est mis sur les droits de la défense et non sur le caractère contradictoire de la procédure (16). L'obligation faite au juge d'infor-

(11) C.E., 20 juin 1913, Téry, conclusions Corneille, Rec., p. 736 ; C.E., 10 août 1918, Villes, conclusions Berget, Rec. p. 841. L'avertissement du justiciable est imposé depuis lors par une jurisprudence constante ; C.E., 24 juillet 1946, Neveu, p. 211 ; voir également Odent, *op. cit.*, p. 64. L'arrêt dame Veuve Trompier-Gravier a étendu cette jurisprudence à l'ensemble des administrés ; C.E., 8 mai 1944, concl. Chenot, note de Soto, D. 1945, p. 110, note Jèze, R.D.P. 1944, p. 256.

(12) Cass. civ., 17 décembre 1900, S. 1901.I.181.

(13) C.E. Ass., 2 mai 1947, R.D.P., 1947, p. 92.

(14) En vertu de l'ordonnance du 19 avril 1944 qui avait une portée générale.

(15) C.E. Sec., 24 mars 1950, sieur Bergery, Rec. p. 187.

(16) Dans une jurisprudence antérieure à l'arrêt Bergery, le Conseil d'Etat s'était placé sur le terrain exclusif du caractère contradictoire de la procédure pour aboutir à une solution opposée à celle qu'il recherchait et qui était préjudiciable aux droits de la défense. Le 27 avril 1949 (C.E., 27 avril 1949, sieur Milliès-Lacroix), il affirmait qu'une juridiction pouvait « valablement statuer sans

mer les parties de l'existence d'une procédure n'est pas limitée au contentieux répressif ou disciplinaire mais reçoit application pour toute instance juridictionnelle dans laquelle aucun autre procédé d'introduction des recours n'est prévu. En intervenant matériellement pour avertir les parties, le juge est un protecteur actif des droits de la défense (17).

En vertu des textes et des principes généraux de la procédure tout intéressé est averti de l'existence d'une procédure qui le concerne. Les obligations du juge sont les mêmes au cours de l'instruction. Les juridictions intéressées, dans le silence des textes, ont libre choix de la mesure à prendre afin d'informer effectivement les parties en cause.

B. — Le droit des parties d'être avisées du déroulement de l'instruction.

602. — Les règles d'avertissement applicables par le Conseil d'Etat et les anciens Conseils de Préfecture ont été étendues à toutes les juridictions administratives qui doivent aviser le justiciable du déroulement de l'instance, qui les concerne. En confiant à la juridiction la charge de faire respecter les droits de la défense, les pouvoirs inquisitoires du juge assurent à la procédure un caractère contradictoire (18).

Parce qu'il dirige la procédure le juge administratif a certaines obligations qui lui sont propres et que l'on ne peut comparer à celles du juge civil chargé de suivre la procédure. En vertu de plusieurs principes généraux de procédure, le juge administratif a l'obligation d'aviser les parties en cause de tout élément qui façonne l'instruction. Il s'agit d'une information pure, d'un simple avertissement (19) des différentes phases de l'instance (20). Mais quels éléments le juge doit-il faire connaître aux parties ? Les principes généraux lui ont laissé une

avoir à rappeler à l'intéressé le fait qui a donné lieu à la procédure » ; mais, en même temps, il tempérait la brutalité de cette règle négative, contraire au principe jurisprudentiel admis de tous, en remarquant que la juridiction devait « avertir le justiciable en temps utile ». La motivation de l'arrêt explique son économie surprenante. L'avertissement du justiciable préserve le caractère contradictoire de la procédure et se détache, dans l'esprit du juge, des droits de la défense. S'il avait maintenu la prééminence des droits de la défense, il aurait exigé plus la rigueur de la juridiction ; mais parce qu'il fait appel à la notion trop étroite du caractère contradictoire de la procédure (qui ne se confond pas ici totalement avec les droits de la défense), il dispense la juridiction d'avertir l'intéressé de la première phase de la procédure juridictionnelle, il lui impose seulement de l'avertir de la phase ultime, celle du jugement. Voir *supra*, II, pp. 432 et s.

(17) On peut espérer qu'il ordonnera au greffe attaché à la juridiction de communiquer aux parties qui seront appelées à la cause, l'existence et le contenu de la requête introductive.

(18) C.E., 19 février 1965, Souris note Gabolde, D. 1965.J.219.

(19) Les modalités de cet avertissement sont extrêmement variées. Voir *infra*, pp. 409-412.

(20) Il ne s'agit pas ici d'approfondir les différentes méthodes d'investigation dont dispose le juge, ni le droit pour les parties de discuter les pièces du dossier. Voir *infra*, pp. 441 et s.

grande latitude et seules les mesures les plus importantes devront faire l'objet d'une publicité suffisante à l'égard des parties.

I. — *Mesures dont les parties doivent être avisées par le juge.*

603. — Le Conseil d'Etat n'a pas voulu contraindre les juridictions inférieures à un formalisme rigoureux. L'arrêt « Société des travaux et carrières du Maine » du 11 mars 1960 (21) révèle l'existence d'un principe général de procédure aux termes duquel les parties ont le droit d'être informées de tout « fait nouveau » ou de tout « élément nouveau » de l'instruction.

Mais qu'entendre par « *élément nouveau* » ? Ce sont à la fois les documents produits par l'une des parties et les mesures d'instruction prises par le juge. Cette réponse peut être donnée par référence à la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs (22), où l'instruction est menée collégialement. Toute la procédure y est « délibérée » et ordonnée par le Tribunal administratif siégeant en chambre du Conseil ou par la sous-section d'instruction du Consil d'Etat (23). Les décisions de l'organe instructeur sont transmises aux parties en cause, soit par le Tribunal, soit par voie administrative. Pour favoriser les droits de la défense en protégeant le principe contradictoire les textes prévoient que toutes les mesures qui permettent à l'instruction de progresser seront transmises aux parties en cause. Sur la base de cette législation, les règles générales de procédure et le principe général de l'Arrêt « Société des Travaux » soumettent tous les éléments nouveaux à un traitement identique devant l'ensemble des juridictions administratives, sous réserve de leur organisation. Ces éléments nouveaux de la procédure sont de trois sortes :

— les mesures de simple instruction ;
— les mesures inquisitoriales ;
— les incidents relatifs à la preuve.

En vertu du même principe, les parties doivent également être avisées :

— de tout document transmis par l'adversaire;
— et de la date de l'audience.

(21) C.E., 11 mars 1960, « Sté des Travaux et Carrières du Maine », note F.B., D. 1960.J.433 ; un commentaire est également donné à cet arrêt par M. Odent, *in* Et. et Doc., 1962, p. 64.

(22) Les principes généraux de procédure, on le sait, permettent l'application de textes généraux ou particuliers. Voir *supra*, 1re partie, pp. 68 et s.

(23) Pour les tribunaux administratifs, article 6 de la loi du 22 juillet 1889 ; pour le Conseil d'Etat, art. 35, 52, 53 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, ainsi que les articles 36, alinéa 2 et 37 du décret du 30 juillet 1963. Devant l'une et l'autre juridiction, les mesures peuvent être prises sur la proposition du rapporteur. Sur le rôle du rapporteur, devant le Conseil d'Etat, voir Odent, *op. cit.*, T. 2, p. 452 ; pour les T. A., voir Gabolde, *op. cit.*, pp. 169 et s. et Lapanne-Joinville, « La direction de la procédure devant les Tribunaux administratifs », II : « L'organe chargé de l'instruction », A.J.D.A., 1965.I.380.386.

a) *Les mesures de simple instruction* (24).

604. — Bien que les mesures de simple instruction orientent faiblement le déroulement de la procédure, leur respect est cependant nécessaire pour que soient assurés les droits de la défense. Le tribunal n'est à leur regard qu'un agent de transmission.

605. — *L'échange des mémoires.* — L'échange des mémoires est le meilleur exemple de ces mesures de simple instruction qui ne doivent pas échapper à la connaissance des parties. Pour que le débat ait un caractère contradictoire, le juge contrôle la transmission de tout mémoire (en réplique ou en défense) à la partie adverse (25). Les parties suivent ainsi l'évolution de l'instruction et la non-communication d'un mémoire serait une violation grave des droits de la défense (26). Une difficulté peut surgir à l'occasion des litiges intéressant l'Etat. Les mémoires doivent être adressés au ministre compétent qui seul a qualité pour recevoir communication des pièces dans tout litige né d'une décision prise « pour le compte de l'Etat » (27).

Qu'advient-il au cas de non-réponse du destinataire ? Le juge vient encore au secours des parties en adressant une mise en demeure à la partie défaillante qui, en cas de silence renouvelé, est réputée ne pas vouloir poursuivre l'instance (28). Ces pièces, en vertu des principes généraux de procédure, doivent être transmises par le juge jusqu'à la clôture de l'instruction. Un acte réglementaire disposant différemment et assortissant la communication des mémoires à l'observation de délais différents serait contraire aux principes généraux de procédure (29).

(24) L'expression qui figure dans certains textes est reprise par M. Gabolde (*op. cit.*, p. 173) pour les tribunaux administratifs. Les points communs qui existent entre les modalités d'instruction devant l'ensemble des juridictions administratives nous permettent d'étendre la formule.

(25) Le procédé de communication n'est pas le même devant toutes les juridictions : ordonnance de soit-communiqué devant le Conseil d'Etat (art. 45 de l'ordonnance du 31 juillet 1955), notification de copies par la voie administrative (art. 7 de la loi du 22 juillet 1889) ou par lettre recommandée (art. 6 du décret du 6 septembre 1926) au choix du Président, devant les Tribunaux administratifs. Devant les autres juridictions, des formules comparables sont utilisées. En cas de silence du législateur, la procédure doit s'apparenter aux procédures décrites plus haut, selon les possibilités de la juridiction intéressée.

(26) Voir *infra*, pp. 434 et s.

(27) Décret du 29 janvier 1957 pour les Tribunaux administratifs. Pour l'ensemble des juridictions, voir C.E., 11 avril 1924, Frossard, Rec. p. 383 ; C.E., 27 mai 1955, Cie Fructidor-Vie, R.P.D.A., 1955.295 ; C.E., 2 mai 1958, Sté Draeger, Rec. p. 256.

(28) Voir Auby et Drago, *op. cit.*, n° 753. Cette solution d'origine purement jurisprudentielle a été codifiée (art. 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 pour le Conseil d'Etat et article 9, alinéa 3 nouveau de la loi du 22 juillet 1889, pour les Tribunaux administratifs). Voir également Copper-Royer, note sous C.E., 20 janvier 1954, « Sté Gallot », A.J.D.A., 1955.II.322.

(29) C.E., 4 juin 1947, Epoux X..., Rec. p. 744. Le décret du 16 février 1946 restreignait les dépôts et communications de mémoires devant le Conseil supérieur de confiscation des profits illicites.

606. — *La fixation des délais de réponse aux mémoires.* — On peut classer également dans les mesures de simple instruction la fixation des délais de réponse pour lesquels le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation très large et n'est limité dans ce domaine que par le respect des droits de la défense. Le juge est maître des délais à accorder aux parties pour fournir leurs réponses et répliques. Les délais impartis par le juge doivent pouvoir permettre aux parties une *défense « utile »*, mais son appréciation est sur ce point discrétionnaire. Le Conseil d'Etat refuse d'en connaître en appel (30). La solution dégagée vaut pour l'ensemble des mesures d'apurement imposées par le juge et reçoit également application lorsque les parties manifestent leur intention de prendre connaissance de l'ensemble des pièces du dossier (31).

b) *Les mesures proprement inquisitoriales.*

607. — Les mesures proprement inquisitoriales sont des mesures d'apurement que le juge a la possibilité d'imposer lorsqu'il estime que le seul échange des mémoires est insuffisant pour permettre au tribunal de se faire une opinion. Toutes les mesures d'investigations prescrites par le juge le sont, en vertu des textes et des règles non écrites. Ces mesures sont variées et visent aussi bien le supplément d'information ou d'instruction (32) que le versement au dossier de certains documents (33) non produits par les parties.

Une double mission incombe au juge. Il doit demander communication de toutes les pièces nécessaires et assurer leur transmission aux personnes en cause. Le juge a le devoir d'aviser les parties des transmissions qui lui sont ainsi faites. Il est douteux cependant que le juge ait cette obligation pour les simples demandes d'éclaircissement ou de renseignement qu'il enjoint l'une des parties de lui fournir. Dans la pratique, il ne le fait pas et il semble qu'aucun plaideur ne s'en soit plaint par la voie contentieuse (34).

L'obligation d'aviser les parties porte sur deux points. Celles-ci doivent être averties, en premier lieu, de la mesure d'instruction que le juge a ordonnée. Elles doivent, en second lieu, être informés des résultats de la mesure prise par le juge. Ces deux étapes marquent une progression de la procédure dans le sens du principe posé par

(30) C.E., 10 mai 1957, « Secrétaires d'Etat à la Marine Marchande », concl. Lasry, A.J.D.A., 1957.II.246.

(31) C.E., Ass., 20-1-1933, « Cie générale des Papiers », Rec. p. 84.

(32) C.E., 8 mai 1939, Paolantoni, voir *infra*, l'ensemble de la jurisprudence relative à toutes les mesures proprement inquisitoriales.

(33) Il s'agit des documents non secrets. Un régime particulier est appliqué aux documents secrets. Voir *infra*, pp. 437-442.

(34) Par contre, les parties ne peuvent demander, par voie de conclusions que telle ou telle pièce leur soit communiquée sur la demande du juge par la partie adverse (C.E., 16 juillet 1947, Costes, Rec. p. 674). Le caractère inquisitorial de la procédure l'a emporté dans cet arrêt. La logique du contradictoire aurait permis probablement d'obtenir un résultat différent.

l'arrêt « Sté des travaux du Maine » (35). L'obligation faite au juge sur ce point précis est également sanctionnée par les règles générales de procédure. Parmi elles, figure celle d'après laquelle « les résultats « d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge doivent être com- « muniquées aux parties » (36). Le Conseil du contentieux administratif de Madagascar ne communiqua au sieur Vouillaume une pièce produite à la suite d'un supplément d'instruction qu'après avoir statué sur sa demande. Le Conseil d'Etat annula l'arrêté pour vice de forme, sanctionnant ainsi une violation des droits de la défense. Cette règle générale, consacrée depuis longtemps par les Tribunaux administratifs, est également connue en droit judiciaire privé. Les parties sont tenues au courant de toutes les décisions qui découlent des jugements avant dire droit. Dans le contentieux administratif, elle est une extension d'une mesure applicable devant le Conseil d'Etat et a pour fonction de garantir les droits de la défense. Le régime de l'information sera identique, pour les mêmes raisons, à l'égard des mesures de vérification des preuves.

c) *Les incidents relatifs à la preuve* (37).

608. — Les différentes juridictions disposent d'un certain nombre de moyens destinés à permettre la vérification des preuves avancées par les parties. Les incidents relatifs à la preuve, sont, en règle générale, apurés par un jugement avant dire droit émané de la juridiction en son entier ou de son président.

La publicité donnée à toutes ces mesures garantit le caractère contradictoire de la procédure sous le contrôle du juge dont les pouvoirs sont très étendus et remarquablement souples en la matière.

609. — *La généralité de l'avertissement.* — Le Conseil d'Etat a imposé à l'ensemble des juridictions, par une règle générale de procédure, les mesures qui lui étaient applicables. L'ordonnance du 31 juillet 1945, (reprenant les dispositions qui ont leur origine dans le décret de 1806) et la loi de 1889 modifiée (38), ont prévu avec minutie les incidents de procédure relatifs à la preuve. Ce sont essentiellement l'expertise, l'enquête, la visite des lieux, les demandes incidentes (39).

L'obligation d'avertir souffre peu d'exceptions, mais connaît des aménagements imposés par l'organisation de chaque juridiction. Devant le Conseil d'Etat, le président de la sous-section saisie décide si la communication est indispensable. Pour les autres juridictions la règle

(35) C.E., 11 mars 1960, D. 1960.J.433. Voir *infra*, pp. 406-408.
(36) C.E., 14 mai 1937, Vouillaume, Rec. p. 498 ; C.E., 4 juin 1920, Augier, Rec. p. 549.
(37) Cf. PACTET, « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », Ed. Pédone, 1952.
(38) Articles 13 à 28 de la loi du 22 juillet 1889.
(39) Voir *infra*, pp. 419 et s.

est celle dégagée par le commissaire du gouvernement Berget à l'occasion de l'arrêt Villes en 1918 (40). Le juge doit normalement avertir les parties, et de sa décision d'ordonner une mesure d'apurement et de son résultat. Les principes généraux du droit impliquent donc l'avertissement des parties. La procédure n'aurait plus le caractère contradictoire s'il en était autrement.

Les règles générales de procédure ont précisé la portée du principe. Le Conseil d'Etat rappelle fréquemment aux juridictions inférieures que les résultats d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge doivent être soumis aux parties. Les pouvoirs du juge s'effacent ici devant l'intérêt des plaideurs puisqu'ils doivent être mis à même de prendre connaissance des mesures d'instruction avant le juge. Ils sont, en conséquence, avisés non par l'organe instructeur, mais par l'expert qui soumet aux parties, selon les règles du droit commun, les résultats de sa mission. Le Conseil d'Etat a ainsi voulu mettre en garde les juridictions spéciales qui lui sont subordonnées contre la tentation qu'elles ont de suivre une procédure purement inquisitoriale au détriment de l'instruction contradictoire qui laisse une marge d'autonomie plus grande aux parties. L'obligation d'avertir les parties suffit en elle-même pour garantir à la procédure un caractère contradictoire.

610. — *Les modalités de l'avertissement.* — Si l'avertissement s'impose de façon impérative au juge, les modalités qu'il revêtira seront, en revanche, laissées à sa discrétion. Les règles relatives à la convocation des parties à une audience de référé en témoignent : « Si le « Président du Tribunal administratif est toujours libre d'apprécier « lors de chaque demande dont il est saisi, s'il y a lieu de convoquer « les parties et de les entendre, il n'a pas l'obligation de procéder à « cette formalité (41). » Par cette décision du 19 février 1965, le Conseil d'Etat a clos le débat qui se poursuivait depuis plusieurs années (42), et tranché avec habileté un problème épineux. La nature complexe de certaines procédures, telles que le référé, met en présence des impératifs différents : rapidité de la procédure, d'une part, et garantie des parties, d'autre part. Le Conseil d'Etat ne les a pas dissociés mais a préféré charger le juge de procéder discrétionnairement au dosage de chacun des deux (43).

Le respect des droits de la défense varie entre un *minimum exigé du juge* (avertissement de la mesure) et un *maximum consenti par*

(40) C.E., 10 août 1918, Rec. p. 841.

(41) C.E., 19 février 1965, Souris, note Gabolde, D. 1965.J.219.

(42) M. Bonneau se montrait favorable à la convocation des parties (Jurisclasseur adm., Fasc. 636, précité, n° 135). L'opinion contraire était soutenue par M. Mejean (« Le nouveau référé administratif », Rev. adm., 1955, p. 163). M. Gabolde penchait pour une solution plus nuancée, *in* « Manuel des procédures d'urgence suivies devant le T. A. », Lib. Dalloz, 1956, n°s 114-115.

(43) Cette solution satisfait les principes dans la mesure où les intéressés conservent la faculté de se présenter, de leur propre initiative à l'audience, s'ils n'ont pas fait l'objet d'une convocation. Voir *infra*, p. 405.

lui (convocation). Le juge retrouve la même marge de liberté dans les hypothèses de transmission des documents.

d) *Avertissement de l'existence d'un document transmis par l'adversaire.*

611. — Les parties violent fréquemment le caractère contradictoire de l'instruction en négligeant de transmettre à leur adversaire un document dont elles saisissent le juge. La partie qui agit ainsi assure sa propre défense en éclairant le juge sans que l'adversaire ne soit mis à même de répondre. L'administration a parfois succombé à cette tentation en transmettant au juge des avis, des informations, des notes, des documents confidentiels ou secrets. Face à ces manœuvres, et pour imposer une stricte égalité entre l'Administration et le particulier, le Conseil d'Etat a eu une double réaction :

— En premier lieu, il assure ou permet d'assurer la transmission de tout document à la partie qui le réclame.

— En second lieu, il considère comme contraire au principe contradictoire la communication d'un document secret qui lui est faite par une partie alors que l'autre partie ne peut en bénéficier. Seule, la première règle sera étudiée ici (44).

Le principe a été fermement établi : « *Aucun document ne saurait « être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en « prendre connaissance.* » Cette obligation constitue *un principe général innomé,* dégagé par l'Assemblée du Conseil d'Etat en 1933 (45).

Mais le juge doit-il, lui-même, transmettre le document à l'adversaire ou simplement l'autoriser à en prendre connaissance, si ce dernier lui en adresse la demande ? Le Conseil d'Etat a opté pour des solutions diverses selon l'importance du document et penché pour la deuxième solution dans la plupart des cas (46). Les parties doivent émettre un acte de volonté, sans que la juridiction n'ait alors la possibilité de leur

(44) Pour l'autre règle, voir *infra,* « Les exceptions à la non-communication des documents », pp. 437-441.

(45) C.E. Ass., 20 janvier 1933, « Cie générale des papiers », précité. Devant certaines juridictions administratives, les conclusions du Commissaire du Gouvernement qui participe à l'instance au même titre que le demandeur doivent, en principe, « *pour assurer le caractère contradictoire de la procédure,* être communiquées au demandeur avant que la commission ne statue », C.E., 17 avril 1964, « Sté financière et industrielle des pétroles et Commissaire du Gouvernement près la commission de répartition des indemnités tchécoslovaques », Rec. p. 233. Voir également, C.E., 22 mai 1963, Nordmann (Req. 59.424, Rec. sommaire, p. 961) : une lettre non communiquée par le Conseil de l'Ordre régional des Médecins au Conseil National dudit ordre statuant au contentieux ne viole pas les principes généraux du caractère contradictoire de la procédure parce qu'elle ne présentait aucune utilité par la défense.

(46) Le Conseil d'Etat calquait ainsi la règle équivalente qui existait dans le contentieux disciplinaire. Elle a été appliquée à de nombreuses juridictions créées après la première guerre. Voir C.E., 8 novembre 1933, Association, « Le souvenir », Rec. p. 1022 et C.E., 13 mars 1937, Sté de transbordement du port de Strasbourg, Rec. p. 310.

refuser la transmission désirée. A cette règle se superpose celle selon laquelle le juge doit transmettre aux parties tout « élément » ou tout « fait nouveau » pouvant intéresser leur défense (47). La combinaison de ces deux règles non écrites a pour effet de développer le caractère contradictoire de l'instruction sous l'impulsion du juge administratif.

e) *Avertissement de l'audience de jugement.*

612. — Avertir les plaideurs de la fixation de l'audience de jugement est un des éléments les plus essentiels de la défense. Cet avertissement constitue le point d'insertion entre les deux phases contentieuses. C'est pourquoi il est protégé par un principe dont la généralité n'est altérée que par quelques exceptions. L'avertissement de l'audience de jugement, qui revêt généralement la forme d'une convocation, est obligatoire. Le Conseil d'Etat a rappelé le caractère substantiel de cette formalité aux Tribunaux administratifs (48) en faisant une application stricte de l'article 44 de la loi de 1889 (49) qu'il s'est, au surplus, imposé à lui-même. La convocation « n'a d'autre but que de garantir les droits des justiciables » (50). Les dispositions législatives qui autorisent la non-convocation à l'audience sont interprétées restrictivement car elles portent atteinte au caractère contradictoire et aux droits de la défense que garantit une convocation.

Quelle est la nature de cette règle et comment est-elle sanctionnée par le Conseil d'Etat ? L'arrêt Jaouen du 23 décembre 1959, rendu le même jour qu'un certain nombre d'autres décisions d'Assemblée relatives aux garanties procédurales que devaient respecter les conseils de révision, ne s'est pas prononcée clairement (51). Le préfet d'Alger avait estimé que les intéressés étaient suffisamment informés de la date de la session du Conseil de Révision par les annonces et la publicité faites dans la presse et à la radiodiffusion. Le Conseil d'Etat a refusé de faire état, et, à plus forte raison, de prendre en considération les circonstances locales qui étaient celles de Ville d'Alger en octobre 1959 et qui auraient pu justifier la publicité exceptionnelle donnée à l'audience de jugement du 16 octobre. Il a cassé la décision du Conseil de Révision qui avait statué sur le sursis d'incorporation de Jaouen au motif que seule une convocation ou une notification individuelle adressée en temps utile aurait permis à l'intéressé de faire

(47) Sur la distinction, C.E. sec., 10 juin 1932, Ollier, S. 1933.III.46 ; C.E., 22 mars 1934, Arrufat ; C.E., 13 janvier 1960, Campion, A.J.D.A., 1960.II.310.

(48) C.E., 5 mars 1958, Charneau, Rec. p. 148.

(49) En matière de petit contentieux (contributions directes, élections municipales, contraventions de grande voirie), la convocation n'est pas obligatoire, sauf si les parties ont manifesté le désir de présenter à l'audience des observations orales. Cf. Heurte, « La convocation à l'audience fiscale », A.J., 1958.I.I.

(50) Cette règle a été dégagée pour les cours régionales des pensions au vu des articles 138 à 142 de la loi du 31 mars 1919. Voir C.E., 4 mai 1929, Parmentier, Rec. p. 477 ; C.E., 9 novembre 1949, Marquis c. Ville de Gennevilliers, Rec. p. 469.

(51) C.E. Ass., 23 décembre 1959, Jaouen, note Combarnous et Galabert, A.J., 1960.I.43 et s.

valoir sa défense ou de se faire représenter conformément aux textes en vigueur. Une convocation insuffisante est donc sanctionnée automatiquement.

613. — Le Conseil d'Etat a fait preuve d'une grande réserve quant à la nature de la mesure. Cependant les annotateurs de l'arrêt Jaouen n'hésitent pas à voir dans la convocation à l'audience une règle générale de procédure consacrée, en l'espèce, par un texte (52). L'avertissement a une importance telle au regard des droits de la défense que le Conseil d'Etat aurait pu consacrer formellement sa nécessité par une règle générale de procédure qui, par sa souplesse et sa généralité, aurait remédié aux défauts qui existent en ce domaine devant certaines juridictions. L'existence de cette formalité n'est cependant pas contestée en l'état actuel du droit positif et peut être formulée de la façon suivante : *La convocation à l'audience de jugement est obligatoire, chaque fois que le requérant a fait valoir son intention d'y présenter des observations.* La convocation prend forme de notification individuelle adressée aux parties (53).

614. — Le Conseil d'Etat n'échappe pas à cette obligation, mais son respect pose un problème particulier devant cette juridiction. La convocation à l'audience de jugement, bien qu'elle soit exigée, n'est pas sanctionnée. Avant d'être jugée, l'affaire doit être inscrite au rôle d'une séance et lorsque le ministère d'avocats est obligatoire, ceux-ci en sont avisés au moins quatre jours avant l'audience au cours de laquelle l'affaire sera jugée. Aussi importante que soit cette formalité elle ne peut fonder un recours en revision car l'article 75 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 dont les dispositions sont limitatives ne l'envisage pas comme cas d'ouverture de ce recours (54). Cette incidente, notée par M. Maleville (55) a des répercussions qui débordent le cas d'espèce. En effet la violation par le Conseil d'Etat d'un certain nombre de formalités procédurales protectrices des droits de la défense n'ouvrent droit ni au recours en revision ni à aucune autre voie de recours. Le Conseil d'Etat a-t-il réellement besoin d'une contrainte pour réparer ses erreurs ? L'organisation rigoureuse des services de

(52) L'ordonnance du 12 décembre 1945 (art. 3, al. 2) relative aux Conseils de Révision dispose que « le requérant est *avisé*, par les soins du préfet de la date à laquelle son recours sera examiné ».

(53) Dans un arrêt Cassel, le Conseil d'Etat a estimé qu'en l'absence d'une prescription législative ou réglementaire l'y obligeant, la commission de répartition des indemnités roumaines « n'est pas tenue de convoquer les intéressés à la séance, laquelle n'est pas publique, pour les entendre dans leurs observations orales ». Cette jurisprudence n'infirme pas les règles posées par l'arrêt Gliksmann, mais montre le caractère strict de la règle générale de procédure. L'obligation de convocation ne s'impose aux juges que si les parties en ont fait la demande (C.E., 13 juillet 1963, Cassel, A.J.D.A., 1963.II.711).

(54) Avant l'ordonnance, un recours en révision avait été accueilli, C.E. Sec., 11 janvier 1935, commune de Drusenheim (Rec. p. 37) sur la base de l'article 18 de la loi du 24 mai 1872.

(55) *Op. cit.*, n°s 195-197

la Haute Assemblée administrative rend négligeables les risques d'erreur.

Malgré cette restriction propre au Conseil d'Etat, la convocation à l'audience est une obligation absolue pour toutes les juridictions administratives dès lors que le justiciable avait émis le désir de présenter des observations au cours de ladite audience. Elle contribue à assurer le respect des droits de la défense aux termes desquels les parties sont toujours avisées du déroulement de la procédure contentieuse.

Chaque étape de l'instruction est marquée par l'obligation du juge d'avertir les parties de l'évolution de l'instance. En vertu des textes applicables au Conseil d'Etat et aux Tribunaux administratifs, les principes généraux des droits de la défense ont imposé que chaque juridiction administrative avertisse le justiciable de toute mesure importante : mesure de simple instruction, incident relatif à la preuve, date de l'audience, etc.

Mais l'information qui en résulte est-elle suffisamment complète pour que les droits de la défense soient totalement respectés ?

II. — *La souplesse de l'information : le principe de l'arrêt « Sté des Travaux et carrières du Maine »* (56).

615. — L'arrêt « Sté des Travaux et carrières du Maine » constitue une évolution remarquable dans la protection des droits de la défense. Partant des solutions fragmentaires qu'il avait dégagées depuis longtemps, le Conseil d'Etat a persévéré dans son œuvre et élaboré une règle non écrite plus large que les précédentes à un double point de vue : les parties sont mieux informées du déroulement de l'instance et le juge dispose de pouvoirs plus amples pour apprécier quels éléments de l'instance il doit entourer de publicité.

Désormais, *les parties doivent être informées par le juge de tout « fait nouveau » les intéressant.* La justification de cette règle ne se trouve plus directement dans les droits de la défense mais dans le principe du contradictoire. Ce fait altère-t-il les rapports tracés entre droits de la défense et principe du contradictoire (57) ? Le principe du contradictoire a pour seule fin, ici comme ailleurs, de renforcer le respect des droits de la défense et de préciser les obligations du juge à l'égard des parties. La jurisprudence « Sté des Travaux » et ses prolongements peuvent être analysés en deux points :

— Le droit des parties d'être informées de tout fait nouveau.

— La souplesse des délais et modalités d'avertissement.

a) *Le droit des parties d'être informées de tout fait nouveau.*

616. — La plupart des mesures envisagées jusqu'ici faisaient appel directement aux droits de la défense. Or, la règle selon laquelle les

(56) C.E., Sec., 11 mars 1960, D. 1960, note F.B., p. 433 et Odent, Et. et Doc., 1962, p. 71. Nous avons déjà examiné un exemple dans la convocation des parties aux audiences de référé. Cf. *supra*, p. 343 et D. 1965.J.219.

(57) Voir *supra*, pp. 376 et s.

parties doivent être informées de tout fait nouveau semble être une application immédiate du principe du contradictoire. Il n'y a pas antinomie entre les deux explications (58), mais renforcement des obligations prévues par les règles non écrites.

I) *L'arrêt « Sté des Travaux »* (59).

617. — L'espèce qui a donné naissance à ce principe général de procédure l'arrêt « Société des Travaux », n'a plus qu'un intérêt historique à la suite de la réorganisation de la Commission Nationale des Accidents du Travail. Le Conseil d'Etat ayant annulé la décision de la commission nationale renvoya l'affaire pour nouvel examen devant ladite commission. Un second pourvoi fut introduit pour violation de la procédure devant la juridiction de renvoi qui, bien qu'elle fût saisie d'office, devait faire connaître aux parties l'existence d'un « fait nouveau » et leur demander si elles avaient à produire un mémoire pour leur défense.

Quel était le fait nouveau auquel le Conseil d'Etat faisait allusion ? Il découle de la logique interne du recours en cassation devant la juridiction administrative. La juridiction de renvoi est normalement celle dont la décision a été cassée : sa saisine automatique et de plein droit dispense les parties de prendre une initiative quelconque, mais leur laisse la possibilité de présenter des moyens nouveaux (60). Jusqu'à cet arrêt, le Conseil d'Etat n'avait jamais demandé à aucune juridiction de renvoi qu'elle prévînt les parties de sa saisine, car celles-ci avaient été implicitement averties par l'arrêt de cassation. La juridiction de renvoi a désormais l'obligation de « faire connaître aux parties qu'à raison de ce fait nouveau (sa saisine de plein droit) il leur est loisible de produire, si elles le jugent utiles... les observations qui leur apparaîtraient opportunes de lui adresser ». Au-delà du cas d'espèce qu'il tranche (61) l'arrêt mérite un éclaircissement sur la nature de la règle posée.

2) *Le principe général selon lequel toute partie a le droit d'être informée d'un fait nouveau l'intéressant.*

618. — Le droit des parties d'être informées de tout fait nouveau est un principe général de procédure mais il est innomé (62). Le fait

(58) Voir *supra*, pp. 298 et s.

(59) C.E., mars 1960, « Sté des Travaux et des carrières du Maine », note F.B., D. 1960.J.433 ; voir également Odent, Et. et Doc., 1962, pp. 71 et s.

(60) C.E., sieur X..., 5 mars 1951, Rec. p. 82. L'annulation par le Conseil d'Etat, juge de cassation, d'une décision par laquelle le Conseil Supérieur a statué sur lesdites conclusions a, de plein droit, pour effet d'en saisir à nouveau le juge du fond. Les parties restent libres, après décision de cassation, qui doit leur être notifiée, de soutenir leur requête primitive par des moyens nouveaux.

(61) Le Conseil d'Etat avait adopté une position semblable en cas de saisine d'office des jurys d'honneur. Cf. *supra*, p. 396.

(62) Les conclusions que nous tirons de cet arrêt, « Sté des Travaux », sont

nouveau caractérise non seulement la saisine de plein droit des juridictions de renvoi mais il s'applique à toute la procédure contentieuse. Il participe du caractère contradictoire de la procédure respecté en dehors de tout texte précis. Ces deux éléments permettent d'affirmer l'existence d'un nouveau principe général de procédure.

619. — *La généralité de la règle.* — Si la section du contentieux du Conseil d'Etat avait eu pour seul souci de trouver une solution à l'espèce qui lui était soumise, il lui eût été aisé de motiver différemment l'arrêt « Société des Travaux et Carrières du Maine » du 11 mars 1960 ou de s'en tenir à sa jurisprudence antérieure (63). L'expression « *fait nouveau* » a, par sa généralité, un retentissement plus large que le seul recours en cassation et s'applique à l'ensemble des instances. « Le fait nouveau » ne caractérisait pas avec une précision suffisante les faits de l'espèce (le renvoi après cassation) pour que le Conseil d'Etat le limitât à un seul type d'action. M. Odent l'entend cependant ainsi et pour lui « cette construction prétorienne « garantit ainsi les droits de la défense dans une hypothèse où l'auto- « matisme de certaines règles juridiques pouvait les faire mécon- « naître ». On peut rejeter ce cadre trop étroit en pensant à la solution qu'aurait donné le Conseil d'Etat s'il avait entendu trancher un cas d'espèce. Il n'aurait pas motivé l'arrêt par l'existence d'un « fait nouveau » mais se serait placé au niveau de la compétence du juge de renvoi pour décider que l'instance de renvoi n'était pas identique à celle précédemment jugée. En effet, la décision à intervenir va poser des questions de fait nouvelles pour la solution desquelles le juge ne peut s'abstenir de demander aux parties de présenter les défenses qu'ils jugent utiles. Les termes de « fait nouveau » et la motivation très large donnée à l'arrêt paraissent alors contraires à une interprétation restrictive. On peut penser que la solution est valable pour toutes les juridictions et toutes les instances.

Depuis 1960, le Conseil d'Etat a repris une telle motivation (64) en l'élargissant encore. Le commissaire du gouvernement Braibant a insisté sur « l'élément nouveau » dans ses conclusions sur l'arrêt « les amis du site Clagny » (65) : « La communication et l'avertissement ne s'imposent au juge qu'à la condition que le mémoire contienne *un*

conformes à celles de l'annotateur F.B., note précitée mais ne rejoignent pas celles de M. Odent dont nous exposerons le point de vue (Et. et Doc., 1962, p. 71).

(63) C.E., 12 octobre 1956, Dame Noël, Rec. p. 356. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat n'a pas considéré que le renvoi d'une affaire à une Cour Régionale de Pensions après cassation, fût un fait nouveau ou un élément justifiant l'avertissement de l'intéressé, parce que le renvoi « ne rendait pas nécessaire une nouvelle instruction écrite de ladite affaire ».

(64) F. B. cite, dans sa note précitée (D. 1960.J.433), un arrêt Fargeaud d'Epied, annulé par une décision du Tribunal des Conflits du 22 février 1960, dont le Conseil d'Etat fut saisi de plein droit, et à raison du « fait nouveau » que constituait sa saisine, il communiqua le dossier aux parties.

(65) C.E., 11 octobre 1963, « Sté des amis du site de Clagny », concl. Braibant, A.J.D.A., 1964.II.55.

élément nouveau, utile à la défense (66). » La soumission à l'une des parties d'un premier mémoire en réponse apporte, en règle générale, des informations qui seront utiles à la solution du litige. La communication sera alors effectuée dans des délais raisonnables (67). La sanction est simple, mais nouvelle.

620. — *Les droits de la défense ne sont plus invoqués directement.* Dans l'Arrêt « Société des Amis du site de Clagny » le Conseil d'Etat remarque que le délai accordé « n'a pas été suffisant pour que le « principe du caractère contradictoire de l'instruction puisse être « regardé » comme ayant été respecté. L'élément nouveau participe ainsi directement du principe du contradictoire ; les délais deviennent, au même titre que l'obligation générale d'avertissement un élément essentiel du principe. Après avoir accepté cette hypothèse de base, on peut conclure que la règle selon laquelle les parties doivent être informées et mises à même de discuter tout fait nouveau est un principe général. Né hors de textes précis, il recouvre l'ensemble des dispositions législatives et des règles relatives à l'information des justiciables devant les juridictions administratives.

Le principe est bien la synthèse des dispositions existantes en la matière. De même que le principe de la légalité reconstitue le recours pour excès de pouvoir par-delà les textes existants en la matière (68), de même celui du fait nouveau recouvre un certain nombre de droits de la défense. Information d'une expertise, de la transmission d'un mémoire, de l'existence d'un document transmis par l'adversaire, de la fixation ou de la remise d'une audience de jugement, toutes ces formalités de procédure constituent bien un fait nouveau dans le déroulement de l'instance.

Le fait nouveau rend mieux compte que tout autre règle la dynamique du procès dans sa première phase. L'instruction est une progression jusqu'au moment où l'argumentation des parties est définitivement arrêtée et où le juge a réuni les éléments nécessaires pour statuer. Chaque élément s'inscrivant dans la progression de l'instance est un fait nouveau dont il appartiendra au juge d'informer les parties. A la structure souple de l'instruction correspond ainsi un principe général souple qui peut recouvrir toute instruction devant n'importe quelle juridiction administrative. Le principe du fait ou de l'élément nouveau répond aussi bien à une instruction accélérée, qu'à une procédure d'urgence, qu'à une instruction marquée par des incidents

(66) Voir *infra*, pp. 413-416.

(67) Certains « documents » d'importance mineure demeurent soumis à la règle selon laquelle le juge ne peut refuser leur communication à la partie adverse qui doit au préalable en adresser la demande au juge. Cf. *supra*, p. 46. Si une lettre qui ne contenait aucun « élément nouveau » n'a pas été communiquée par le Conseil National de l'Ordre des Médecins, statuant au contentieux, les droits de la défense n'ont pas été violés, C.E., 22 mai 1963, Nordmann, Req. 59-424, Rec. sommaire, p. 961.

(68) Voir *supra*, pp. 79-85.

relatifs à la preuve. Quelle que soit la qualité des parties le fait nouveau leur sera communiqué lorsque le juge l'estimera utile. La règle présente le double avantage de mettre sur un pied d'égalité demandeur et défendeur, c'est-à-dire de préférer le caractère contradictoire au caractère inquisitoire et de laisser le juge maître des délais dans lesquels il doit intervenir.

b) *La souplesse des délais et des modalités d'avertissement.*

621. — Le Conseil d'Etat ne voit pas toujours dans les délais des règles substantielles et il autorise les juges inférieurs à tenir compte des circonstances de l'affaire. La procédure disciplinaire, en revanche, est plus rigoureuse. En toute hypothèse l'agent doit être averti de la mesure susceptible de lui faire grief (69) dans des délais très stricts, car l'avertissement est le moyen le plus protecteur de ses droits. En matière contentieuse, la souplesse de l'avertissement correspond à la fois à la notion de défense utile et au pouvoir discrétionnaire du juge.

622. — *La « défense utile » et l'information donnée par le juge aux parties.* — La notion de « défense utile » domine les règles jurisprudentielles relatives aux modalités d'avertissement et à la computation des délais. *Aux délais impératifs le Conseil d'Etat préfère une information « en temps utile »* dont l'appréciation est laissée au juge (70). Aux formes strictes de l'information, le juge administratif préfère une information efficace. La juridiction fixe « tel délai qu'elle juge convenable » (71), qu'elle soit ou non liée par des dispositions législatives ou réglementaires précises.

Les délais ne constituent une forme substantielle sanctionnée par le Conseil d'Etat que dans l'hypothèse où ils sont un élément des droits de la défense (72). La rédaction de l'arrêt Labarthe est significative (73) de l'esprit dans lequel les juges peuvent interpréter les délais de communication des pièces. Aux termes de l'article 31 de la loi du 31 mars 1919 (organisant le contentieux des pensions) le recours devant le Conseil d'Etat doit être signifié par la partie demanderesse dans un délai de huitaine à partir de la déclaration ; le Conseil d'Etat a estimé que cette formalité « n'a pour but que de porter *rapidement* à

(69) C.E., 24-6-1949, Nègre, D. 1949, p. 570, note J.G. et C.E., 8-11-1963. Ministre de l'Agriculture contre Lacour, note J.C. Maestre, D. 1964.J.493.

(70) Il estime, dans certains cas, que la réception d'une pièce deux jours avant l'audience de jugement ne viole pas les droits de la défense. Le Conseil National de l'Ordre des Médecins avait transmis des coupures de journaux intéressant le sieur Gremeau, le 5 mars 1935, alors que l'audience se déroulait le 7 du même mois ; le Conseil d'Etat a estimé que le délai dont avait disposé le requérant « était *suffisant* pour lui permettre, s'il le jugeait utile, de présenter des observations à leur sujet », C.E., 20 février 1957, Rec. p. 114.

(71) C.E. Ass., 20-1-1933, Cie générale des Papiers, Rec. p. 84.

(72) Le juge doit informer les parties de tous les éléments nouveaux les intéressant (voir *supra*, p. 407).

(73) C.E., 1er juillet 1938 (C.S.C.P.), ministre des Pensions c. Labarthe, Rec. p. 611.

« la connaissance desdits intéressés un recours déjà formé et de per-« mettre à ceux-ci de présenter leurs moyens de défense ». En conséquence le fait de ne pas accomplir la formalité dans le délai légal n'a pas pour effet d'entacher le recours d'irrégularité. On peut tirer plusieurs conclusions de cet arrêt :

En premier lieu, les délais d'avertissement impartis au juge ou aux parties sont un élément des droits de la défense. En second lieu, la violation des délais n'est pas sanctionnée objectivement, elle ne l'est que dans la mesure où cette violation a pu nuire à l'exercice des droits de la défense. Les délais sont au service du respect des droits de la défense et interprétés pour leur utilité (74).

623. — *Le pouvoir discrétionnaire du juge.* — Les exigences du principe général repoussent toute uniformité et sont fonction de l'importance du fait nouveau contenu dans l'élément à communiquer.

La notion d'utilité repose sur un critère finaliste. L'efficacité de l'information est la seule fin assignée par le Conseil d'Etat aux juridictions qui lui sont soumises. C'est ainsi qu'une publicité par voie de presse et de radio ne remplace pas une notification individuelle parce qu'il ne peut être établi avec certitude que tous les intéressés aient été informés (75). Le délai doit obéir aux mêmes impératifs. Une convocation à l'audience de jugement deux jours avant la séance présente des inconvénients assez importants pour l'utilité de la défense (76).

624. — *Conclusion du paragraphe.* — Les parties ont un droit absolu à être informées de l'existence et du déroulement de toute procédure contentieuse en vertu des principes des droits de la défense, renforcés par le principe du contradictoire.

— L'information dont bénéficient les parties est mise à la charge du juge dont la diligence est sanctionnée par les principes généraux de procédure.

— Les parties sont averties de tout « fait nouveau » ou de tout élément utile à leur défense. Toute mesure de simple instruction, tout incident relatif à la preuve, tout mémoire important sera communiqué aux parties intéressées sous le contrôle du juge qui devra en outre faire connaître à chacun le résultat des mesures qu'il a décidées.

(74) L'évolution récente introduite par l'arrêt, « Les amis du Site de Clagny », C.E., 11 octobre 1963, précité, A.J.D.A., 1964.II.55, ne modifie pas de façon substantielle la jurisprudence antérieure mais la précise. Elle introduit le caractère utile du délai qui permet aux parties d'être informées de tout fait nouveau ou tout élément nouveau.

(75) Voir *supra*, pp. 404 et s., C.E., 23 décembre 1959, Jaouen, A.J.D.A., 1960. J.43 et s.

(76) Le « temps utile » est invoqué pour rejeter tout avertissement tardif. Le Conseil d'Etat a adopté une jurisprudence identique pour le contentieux disciplinaire que la sanction soit prise par une autorité administrative ou qu'elle soit prononcée par juridiction, C.E. sec., 20 janvier 1956, Nègre, Rec. p. 24.

Une telle construction jurisprudentielle a nécessité une grande compréhension de la part du Conseil d'Etat qui, à la rigueur des formes, a préféré la souplesse et l'efficacité de l'information.

Protecteur des droits de la défense, partisan d'une information objective et complète, mais opposant déterminé aux moyens de procédure dilatoire, le Conseil d'Etat construit un édifice équilibré qui assure une information régulière des parties. Elles peuvent au surplus produire tous documents et présenter toutes observations utiles à leur défense.

§ 2. — Le droit des parties de fournir tous documents et de présenter toutes observations utiles à leur défense.

625. — Les droits de la défense ne sont pas limités à une libre information des parties, ils leur garantissent, en outre, une libre argumentation.

Il revient aux parties d'animer la procédure en produisant à tout moment des défenses sous le contrôle du juge. Envisagée sous cet angle restreint, le caractère inquisitoire de la procédure s'efface derrière son caractère contradictoire. Le juge devient, apparemment, un organe passif de l'instruction de l'affaire. Mais pour garantir à la procédure un caractère contradictoire indispensable, il préside à l'échange des documents entre les parties (77).

626. — Les parties ont en effet un droit imprescriptible à produire, sans presque aucune limitation, toutes observations écrites ou orales qu'elles estiment nécessaires à leur défense. Ce droit peut être analysé, soit comme *une liberté de se faire entendre*, soit comme une liberté totale de la preuve.

Les parties peuvent fournir au juge tous les documents et avancer tous moyens qu'elles jugent utiles à leur défense. Mémoires, conclusions reconventionnelles, représentation des parties à l'audience de jugement sont autant de procédés de défense que le législateur a respectés et que le juge a développés pour permettre aux parties de s'informer pleinement. Cette liberté donnée aux parties a un double fondement :

Au-delà des nombreux textes existant en la matière les principes généraux du droit et de la procédure laissent aux parties une large

(77) Le rôle du juge est primordial pour protéger les droits de la défense et surtout pour assurer à la procédure le caractère contradictoire. C'est à lui qu'il appartient normalement de demander aux parties de produire certains mémoires. Il préside à l'échange des mémoires et documents qui sont la caractéristique essentielle de l'instruction. Nous verrons plus loin que les parties n'ont pas le monopole de la production de toutes pièces qu'elles estiment utiles à leur défense. En effet, le juge, parallèlement, dispose d'un prérogative en vertu de laquelle il peut obtenir toutes les pièces nécessaires à l'établissement de sa conviction. Juge et parties se trouvent ainsi sur un pied d'égalité dans la direction de la procédure.

initiative. Toute limitation injustifiée aux documents et observations orales des parties est une atteinte aux droits de la défense (C.E. Kouch du 12 février 1958) (78).

L'exercice de ce droit ne peut se concevoir sans une procédure contradictoire. Le principe du contradictoire est une condition mise à la validité des mémoires, plaidoiries et de tous autres éléments qui constituent la liberté de se faire entendre. Il a pour effet d'imposer aux parties de soumettre au caractère bilatéral les preuves et arguments qu'elles avancent.

Les droits de la défense étudiés ici s'exercent pendant les deux phases de l'instance. En cours d'instruction, les parties peuvent produire tous documents utiles à leur défense (A). Pendant l'audience de jugement, elles ont un certain droit à se faire entendre (B).

A. — Le droit des parties à présenter toutes pièces utiles à leur défense en cours d'instruction.

627. — L'utilité de la défense est fonction de la liberté laissée aux parties de faire face à toute évolution de l'instruction par la production d'arguments nouveaux en fournissant tous documents qu'elles jugent nécessaires. L'œuvre des principes généraux en ce domaine a été triple :

— Ils ont étendu à toutes les juridictions la liberté de présentation des moyens de défense sur la base de l'œuvre législative applicable aux juridictions de droit commun.

— Ils ont harmonisé les règles applicables devant l'ensemble des juridictions (79). Cette normalisation des droits de la défense était rendue difficile par le fait que la procédure de certains organismes juridictionnels était orale (80) et non pas écrite. La liberté de présentation des pièces est commune aux organes juridictionnels et disciplinaires et découle « d'un principe fondamental applicable aux juridictions disciplinaires, celui des droits de la défense » (C.E. Téry) (81), dont l'application est constante (C.E. 12 février 1958 Kouch).

(78) Nous n'envisagerons ici que le droit des parties de produire leurs éléments de défense à l'exclusion de celui du juge de demander aux parties de produire certains documents. Voir *infra*, pp. 417 et s. Le droit des parties à produire tous documents utiles et le droit du juge à réclamer cette production sont des droits complémentaires. Seulement, l'initiative de la production change ; mais, elle modifie, dans une certaine mesure, le fondement.

(79) C.E., 20 juin 1913, Téry concl. Corneille, Rec. pp. 737 et s. Au XIX[e] siècle, certaines juridictions assuraient déjà une garantie sérieuse des droits de la défense et permettaient au requérant de présenter toutes défenses utiles. L'exemple est donné par la loi du 27 février 1880 relative aux juridictions universitaires.

(80) Devant ces dernières, la procédure peut être orale dans certaine de ses phases, de telle sorte que l'organe d'instruction aura l'obligation de donner la possibilité au justiciable de présenter des observations avant la séance de jugement, C.E. Sec. 16 juin 1944, Hervé, Rec. p. 173, C.E., 4 août 1944, Percehaie, Rec. p. 222.

(81) Cf. concl. du commissaire Corneille sous l'arrêt Téry précité, Rec. p. 737.

— Le juge intervient essentiellement comme organe de transmission. Bien qu'il puisse mettre un terme à l'instruction, il ne peut, au risque de violer les droits de la défense, limiter l'argumentation des parties, hormis le cas où celle-ci devient abusive.

L'influence des principes généraux peut être démontrée successivement dans trois directions : les documents utiles à la défense, les conclusions reconventionnelles, les délais mis à la transmission des documents utiles.

I. — *Les documents utiles à la défense.*

628. — Les documents jugés utiles à la défense sont multiples et variés. Avant d'énumérer les plus essentiels, il est nécessaire de dégager une notion de « document utile » et de préciser les règles relatives à la hiérarchie de la preuve en procédure administrative. Bien que les documents utiles à la défense ne fassent l'objet d'aucune limitation réelle, le juge dispose à leur égard d'un contrôle qualitatif et quantitatif.

a) *La notion de document utile et la hiérarchie des procédés de preuve.*

629. — La notion de « document utile à la défense », souvent invoquée par le juge, est d'une interprétation délicate (82). Ne se confondant pas avec le moyen de preuve, le document utile à la défense est cependant entendu très largement. Le pouvoir accordé aux parties de produire des documents ne comporte que des limites très faibles qui échappent pratiquement au pouvoir d'appréciation du juge.

La notion de document utile est dominée par deux considérations : l'absence de détermination législative et l'absence de hiérarchie des preuves en procédure administrative.

630. — *La définition du document utile.* — Les dispositions législatives ne donnent aucun éclaircissement sur la nature des pièces et documents que peuvent fournir les parties. Il s'agit en effet d'un domaine où le formalisme ne peut avoir accès. Le procès est un libre débat à l'occasion duquel les parties ont le choix des armes.

Qu'entendre, dans ces conditions, par document utile ? Aucune définition rigoureuse ne s'impose, mais à la lumière des décisions jurisprudentielles, peut être considéré comme document utile *tout élément qui concourt à la production et à la réfutation des faits allégués par une partie et qui présente un certain intérêt pour sa défense.* Tout document ne présentant pas ce caractère est jugé, « surabondant » et rejeté par l'organe d'instruction, sous le contrôle du juge supérieur. Ce pouvoir reconnu à l'organe instructeur lui permet de mettre un

(82) Les critères finalistes des droits de la défense sont trop larges pour en rendre compte aisément. Voir *supra*, p. 380.

terme à l'instruction lorsqu'il la jugée complète (83). Le document utile est donc défini par son *objet*, (la production d'une preuve) et par sa *fin* (défense).

La qualité de document utile emporte une double conséquence :

1° Les parties peuvent produire librement tout document ayant ce caractère (84).

2° Le juge a l'obligation de communiquer aux intéressés tout document de cette nature qui lui a été transmis par l'une des parties (85).

631. — *La liberté de la preuve.* — Devant la juridiction administrative le système de production de la preuve s'inspire autant du système de la preuve morale que de la preuve légale. A la différence de la procédure civile où la production de la preuve est réglementée législativement, il appartient au juge administratif de se forger une intime conviction en toute liberté. La preuve sera administrée par tous procédés sans tenir compte du fait à prouver. Les actes juridiques et les faits matériels sont situés au même plan (86). C'est ainsi que tous les documents présentés sous forme de *mémoire* (87) ou tout autrement pourront être produits à la juridiction intéressée : correspondances de toute sorte, documents d'ordre intérieur, certificats, découpures de presse, témoignages écrits, avis de l'administration (88). Ces derniers peuvent être transmis soit par l'administration, soit par son adversaire, le particulier.

Il n'existe aucune hiérarchie entre les différents moyens de preuve mis à la disposition des parties pour faire valoir leur défense.

632. — *Preuve écrite et preuve orale.* — On entend de façon générale, par « document » une preuve écrite parce que la procédure

(83) Sur la notion de document surabondant, voir C.E., 28 décembre 1894, Bureau, Rec. p. 733 ; C.E., 6 avril 1895, Gillet, C.E., 5 février 1952, Joffroy, Rec. p. 149 et, dans une certaine mesure, C.E., 21 mars 1956, « Secrétaire d'Etat aux affaires économiques », Rec. p. 134 et C.E., 22 mai 1963, Nordmann Rec. p. 961.

(84) Voir *infra*, pp. 416.

(85) Voir *infra*, pp. 434.

(86) Pactet, *op. cit.*, pp. 133 et s.

(87) Il ne faut pas assimiler aux mémoires en défense tous les documents réunis par les justiciables. C'est ainsi que le mémoire ampliatif n'est qu'une espèce particulière de requête introductive d'instance. Les textes prévoient que le demandeur peut, pour sauvegarder ses droits avant l'expiration des délais de l'introduction de l'instance, déposer au greffe une requête sommaire qu'il développe ultérieurement, par un mémoire ampliatif. Le Conseil d'Etat a élaboré une construction prétorienne selon laquelle le mémoire ampliatif doit remplir toutes les conditions de la requête ordinaire (C.E., 1er juin 1953, Vasnier, Rec. p. 254) et ne peut dénaturer la demande formulée dans la requête sommaire. *Le mémoire ampliatif*, comme la requête introductive, *n'est pas un élément des droits de la défense.* L'un et l'autre sont des actes introductifs de l'instance qui contiennent les prétentions du demandeur. Ils déterminent l'étendue du litige et sont des actes de pure procédure, sans répercussion réelle sur les droits de la défense. Tous les autres documents peuvent être soumis au juge qui les transmet aux parties adverses selon les procédés envisagés plus haut, cf. pp. 410 et s.

(88) C.E. Ass., 20 janvier 1933, Cie générale des Papiers, Rec. p. 84.

devant les juridictions administratives est essentiellement écrite. Les juridictions administratives ignorent cependant une disposition comparable à l'article 1341 du Code civil qui confère une prééminence, et parfois même un monopole, à la preuve écrite. Dès qu'ils ont une quelque importance les litiges civils sont soumis au régime de la preuve de l'article 1341, ce qui revient à faire de la preuve écrite le procédé de droit commun de la preuve dans le procès civil. Une limite sérieuse est ainsi apportée aux droits de la défense. A l'inverse, dans l'ensemble du contentieux administratif, comme en matière pénale, la preuve légale s'accommode de la preuve orale. Les parties ont une totale liberté de la preuve qui garantit davantage les droits de la défense. Cette affirmation correspond à une certaine réalité de la pratique, mais ne répond pas aux impératifs de la logique juridique. Le juge, dans les mesures d'instruction qu'il ordonne, et les parties, dans les documents qu'ils proposent au juge, ne sont pas liées par le caractère écrit ou oral de la preuve recherchée ou apportée (89). Les parties disposent normalement d'un choix libre entre les deux types de preuve (écrite ou orale), sans qu'il existe une hiérarchie réelle entre l'une ou l'autre.

M. Pactet en tire une conséquence fort intéressante (90) qui pourrait être d'un grand retentissement dans l'avenir sans poser les mêmes problèmes qu'en procédure pénale ou civile. Les procédés scientifiques de preuve qui résultent des progrès techniques contemporains devraient pouvoir être acceptés plus facilement par la juridiction administrative que devant les juridictions civiles ou pénales (91). Leur introduction et leur développement répond à une nécessité impérative, la contestation de l'authenticité de tels procédés devrait alors s'opérer dans les conditions générales de la discussion de la preuve. Il est souhaitable, par exemple, que, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la preuve d'un détournement de pouvoir puisse être faite plus facilement qu'elle ne l'est à l'heure actuelle. L'enregistrement d'une conversation pourrait aboutir dans certains cas, à la moralisation de l'activité admi-

(89) La preuve orale est cependant transformée en preuve écrite. Les résultats d'une instruction sont consignés par écrit ; le juge ne connaît que rarement les opérations matérielles d'une expertise, mais toujours du rapport d'expertise, il ignore généralement l'enquête et ne se préoccupe que du procès-verbal qui en est fait.

(90) *Op. cit.*, p. 140, note 17.

(91) La Cour de cassation, après certaines hésitations, a reconnu la force probante des photocopies dès lors que leur authencité n'était pas sérieusement contestée, Cass. civil, 21 avril 1959, note Ph. Malaurie, D. 1959.523.

On peut se demander si l'enregistrement des voies humaines sur bandes magnétiques et certaines analyses biologiques (devant les juridictions des pensions) et les reproductions photographiques doivent être admises sans réserve (voir Mimin, J.C.P. 1957.I.1370). Les discussions et les réticences dont ces procédés de preuve ont fait l'objet devant les Tribunaux judiciaires n'ont pas eu d'équivalent devant les juridictions administratives. Ce développement que nous consacrons aux documents que peuvent fournir les parties peut s'appliquer également aux mesures d'instruction qu'a la possibilité d'ordonner le juge.

nistrative. On pourrait également, par le même procédé, faire échec à la résistance de nombreux fonctionnaires à s'engager par écrit.

La généralité de la preuve écrite n'exclut pas la possibilité des autres procédés de preuve; dès lors qu'il paraît utile à la protection des droits de la défense, un quelconque procédé de preuve doit être accepté par le juge. Une telle conception a pour fondement même le principe des droits de la défense.

b) *La non-limitation du nombre des documents : C.E. 12 février 1958 Kouch.*

633. — La libre défense ne peut s'accommoder d'une restriction quantitative des pièces et éléments de preuve soumise par les parties. *La liberté du nombre est garantie par les principes généraux de procédure.* Ceux-ci imposent en effet que le requérant puisse produire « tout mémoire qu'il aurait jugé utile à sa défense ». Toute autre réglementation constituerait une « atteinte aux libres droits de la défense » (92).

La jurisprudence Kouch s'impose tant au pouvoir réglementaire qu'au juge. L'organe d'instruction ne peut discrétionnairement rejeter les documents avancés par les parties (93).

D'une si grande liberté aurait pu naître des abus si les textes et la jurisprudence n'avaient reconnu au juge certaines prérogatives :

— En premier lieu, c'est à lui que revient la charge de fixer la clôture de l'instruction (94).

— En second lieu, il dispose d'un pouvoir qualifié, à tort, de souverain, de rejeter certains documents qu'il juge « surabondants » (95). Ce double pouvoir ne constitue-t-il pas une intervention anormale du juge dans la libre argumentation des parties et par voie de conséquence une limitation des droits de la défense ? Il s'agit, au plus, d'une limite apparente car, si l'intervention du juge est abusive, elle est sanctionnée par le juge supérieur (96).

La production des documents fait cependant l'objet d'une limitation réelle qui s'impose aussi bien à l'organe d'instruction qu'aux parties et qu'il convient d'envisager maintenant.

(92) C.E. Kouch, 12 février 1958, Rec. p. 96. Le décret de 1881 disposait que le nombre des mémoires entrant en compte dans la liquidation des dépenses était limité à deux. Le Conseil d'Etat a estimé qu'une telle limitation était contraire aux principes généraux du droit.

(93) *Ibid.*

(94) De même que le juge ne peut limiter le nombre de documents, de même il n'a pas la possibilité d'interdire la production de certaines pièces, C.E., 30 octobre 1959, Ministère des Affaires économiques c. Murat, Rec. p. 566.

(95) Voir *infra*, p. 452.

(96) Voir *supra*, p. 410 et *infra*, pp. 425 et s., et C.E., 18 février 1958, Kouch, Rec. p. 96, précité, C.E., 2 mai 1963, Nordmann, Rec. p. 961, précité ; *contra* Lapanne-Joinville, *loc. cit.*, p. 327.

c) *Les limites apportées à la production des documents utiles.*

634. — La liberté laissée aux parties dans la production de la preuve ne connaît de limite que lorsque l'intérêt public ou, de façon plus précise, l'ordre public est en jeu : il ne peut être communiqué volontairement par les parties de documents secrets. Le juge a également décidé que le serment décisoire (98) était un moyen de preuve contraire à l'ordre public.

635. — I) *Les documents secrets.* — Le juge, simple organe de transmission, doit, ou par la voie administrative, ou par une ordonnance de soit-communiqué, transmettre aux parties intéressées tout document qui lui est soumis, sous réserve des documents secrets. On peut inférer cette règle de la jurisprudence Coulon (99) qui interdit au juge d'imposer aux parties la communication de documents secrets. Corrélativement, le juge ne peut tolérer la production, même volontaire, d'un document à caractère secret protégé par la loi.

Faut-il assimiler aux documents secrets les documents confidentiels ? Une partie peut invoquer, à l'intention du juge et de son adversaire, la simple existence d'une pièce confidentielle qu'elle a entre les mains. Elle fait valoir son contenu sans dévoiler aucun élément protégé par la législation sur le secret ou l'obligation professionnelle de discrétion. Rien n'interdit au juge d'utiliser cette information générale pour forger sa conviction. Qu'advient-il des droits de la défense dans cette hypothèse ? La partie adverse, c'est-à-dire le particulier, se trouve désavantagé, comme chaque fois qu'il est porté atteinte au caractère contradictoire de la procédure. Pour une plus grande garantie du justiciable et une égalité réelle entre l'administration et le particulier, la transmission des documents confidentiels devrait être, soit totalement contradictoire, soit soumise au régime des documents secrets, c'est-à-dire interdite.

636. — 2) *Le rejet de certains moyens de preuve orale : le serment décisoire.* — Le code civil a organisé, en pensant au sens moral du justiciable, le serment décisoire (articles 1358 et s.) par lequel une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement et la cause. Par un arrêt Pélissier de 1851 (100) le Conseil d'Etat qui avait admis l'extension de nombreuses mesures judiciaires d'instruction aux Conseils de Préfecture estima que pour des « motifs d'ordre public » un tribunal ne pouvait pas ordonner, et l'une des parties ne pouvait pas proposer, de déférer le serment décisoire à l'un des requérants.

(98) Nous assimilons le serment décisoire au « document utile » à la suite de la conception large et non hiérarchisée des moyens de preuve que nous avons retenue. Ce document est, en procédure administrative, aussi bien écrit qu'oral.

(99) C.E., 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon, concl. Grévisse, R.D.P., 1955, p. 995. Voir *infra*, pp. 437 et s.

(100) Le Conseil d'Etat a envisagé le serment décisoire à la fois comme moyen preuve dont les parties auraient pu avoir l'initiative et comme mesure d'instruction.

L'annotateur de l'arrêt Pélissier a parfaitement montré les inconvénients qu'il y aurait à contraindre un agent de la puissance publique à déférer le serment décisoire tant au plan de ses activités administratives qu'à celui des droits de la défense. L'ordre public ne pouvait le tolérer. C'est la seule limite spécifique à l'administration de la preuve que rencontrent les parties dans l'exercice de leurs droits de la défense.

Mais est-ce une atteinte aux droits de la défense ? Leur fondement étant l'égalité entre les parties, l'on peut prétendre que le serment décisoire, tout comme la production de documents secrets, n'entraîneraient qu'une égalité illusoire entre elles. La jurisprudence Kouch (C.E. 12 février 1958) est donc respectée pleinement : les parties peuvent produire tous les documents et arguments utiles à leur défense.

Les moyens de défense reconnus aux parties ne sont pas figés au moment de l'introduction de l'instance puisque ceux-ci ont toute latitude à déposer des conclusions rêconventionnelles.

II. — *Les conclusions reconventionnelles.*

637. — Les conclusions reconventionnelles sont classées par la plupart des auteurs parmi les droits de la défense en tant qu'elles permettent à l'une des parties à l'action de s'opposer aux prétentions de l'autre (101). La demande reconventionnelle est celle que « le défen- « deur introduit au cours d'un procès contre le demandeur pour obte- « nir la reconnaissance d'un droit qui atténuerait ou même excluerait la demande principale » (102).

Avant qu'elles ne fussent introduites législativement devant certaines juridictions, le Conseil d'Etat avait élevé les demandes reconventionnelles au rang de *règles générales de procédure.* Un mouvement jurisprudentiel important a rappelé leur application aux juridictions créées au lendemain de la première guerre mondiale (103). Les règles qui les régissent sont presque identiques devant l'ensemble des juridictions administratives.

La règle générale de procédure qui leur a donné naissance a soumis les conclusions reconventionnelles à un certain nombre de conditions et à un régime inspiré des dispositions applicables aux Tribunaux administratifs (104). Elles sont présentées dans les mêmes formes que la demande principale et doivent, dès lors, satisfaire au principe de

(101) Elles dépassent même le caractère d'éléments des droits de la défense et correspondent dans une certaine mesure au droit d'action du défendeur. Grâce à elles, le défendeur n'est pas acculé aux termes de la requête du demandeur et obtient un renversement de la situation originaire.

(102) Odent, *op. cit.*, p. 63.

(103) Pour la commission supérieure des bénéfices de guerre, C.E., 19 mai 1926, Sté Renard Frères, Rec. p. 506, C.E., 4 août 1926, Wermelinger, Rec. p. 846, C.E., 4 juin 1924, Chassang, Rec. p. 543.

(104) Cf. pour les tribunaux administratifs, Gabolde, *op. cit.*, pp. 166-67 et H. Bonneau, « Tribunaux administratifs - Procédure ordinaire - L'instance », Jurisclasseur administratif, Fasc. 635, n^{os} 157-162.

la décision préalable (105). Au plan de la pure logique juridique, cette condition est normale, mais dans l'exercice des droits de la défense, le fait de soumettre la présentation d'une prétention à une telle condition ne rompt-il pas, en cours d'instance, l'égalité qui devrait régner entre le particulier et l'administration ? La raison de cette règle vient de ce que la demande reconventionnelle participe à la fois de l'action et des droits de la défense. Les droits de la défense se bornent à donner une justification à l'existence d'une règle dont le régime est du ressort de l'action en justice. C'est par analogie avec la demande principale que la demande reconventionnelle subit les formes de l'introduction des recours et ignore beaucoup de la souplesse des droits de la défense (106).

III. — *Le délai de production à l'instance des documents utiles.*

638. — En vertu des textes et des principes généraux du droit, les parties peuvent produire et déposer tous documents et conclusions reconventionnelles pendant toute la durée de l'instruction .Au regard des droits de la défense et du principe contradictoire, la liberté de communication entraîne trois conséquences :

— Le pouvoir réglementaire ne peut assigner le respect de certains délais à la production de documents par les parties (107).

— La présentation d'un document important, *assortie par le juge d'un délai trop bref, est une « atteinte au principe selon lequel la procédure a un caractère contradictoire »* (108).

— Les documents fournis doivent l'être *suffisamment tôt* pour que ceux à qui ils sont destinés aient le temps d'en prendre connaissance et d'y répondre avant la clôture de l'instruction.

Les délais mis à la production des documents sont à la fois souples et rigoureux. La souplesse des délais trouve une explication directe dans la protection générale des droits de la défense, leur rigueur dans le principe du caractère contradictoire de la procédure. *La durée du délai sera proportionnelle à l'importance de l'élément de défense mis en jeu.*

Devant toute juridiction, les intéressés disposent de la durée entière de l'instruction pour soumettre un document ou des observations au

(105) Sur la généralité de la décision préalable, voir *supra*, p. 393.

(106) L'influence de la requête introductive se fait sentir également sur le contenu même de la demande reconventionnelle. Elle doit présenter un lien de connexité avec la demande principale, condition essentielle qui détermine la nature profonde de la demande reconventionnelle ; la connexité n'est prise en considération que si la demande ressortit bien de la compétence de la juridiction saisie. Si la demande reconventionnelle ne satisfait pas à cet ensemble de conditions impératives, elle ne pourra être examinée par le juge, même si elle a été déposée avant la clôture de l'instruction. Voir C.E., 17 novembre 1944, ville d'Avallon, Rec. p. 294.

(107) Les principes généraux de procédure imposant en ce domaine des règles identiques à celles qui régissent le délai d'avertissement. Cf. *supra*, p. 410.

(108) C.E., Sté X..., 10 octobre 1962, obs. Drago, A.J.D.A., 1963.II.156.

juge ou à leur adversaire. Le requérant ne peut être forclos par un délai préalablement fixé par le pouvoir réglementaire, mais seulement par la clôture de l'instruction. Le décret du 16 janvier 1946 avait disposé que les parties assignées devant le Conseil supérieur de confiscation des profits illicites disposaient d'un délai de 25 jours pour prendre connaissance du dossier qui les concernait et produire les documents utiles à leur défense. Au-delà de ce délai, il pouvait « être passé outre pour examen et décision ». Le Conseil d'Etat a estimé que cette disposition « ne saurait déroger aux *principes généraux du droit qui régissent le fonctionnement des juridictions* » ; elle « ne permet pas de tenir pour non avenu un mémoire déposé, par « un requérant après l'expiration du délai de 25 jours, mais avant « la séance du jugement » (109).

639. — Ce principe ne préjuge pas le droit qu'a le juge de clore l'instruction lorsqu'il estime être suffisamment informé. Il semble que la clôture de l'instruction ait été reculée progressivement dans le seul intérêt de la partie qui veut faire valoir sa défense (110). Malgré les règles mises à la production des documents, le Conseil d'Etat et l'ensemble des juridictions administratives, font état de toutes les pièces, même parvenues après l'expiration du délai légal imparti pour les produire, dès lors qu'elles ont été enregistrées au secrétariat avant la clôture de l'instruction. Les documents produits après la clôture de l'instruction par l'une des parties n'ont pas à être communiqués par le juge aux autres parties (111).

Les parties conservent cependant la possibilité d'exprimer leur point de vue même après la clôture de l'instruction à un plan qui n'intéresse qu'indirectement les droits de la défense. Devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs (art. 6 du décret du 30 septembre 1953), les parties peuvent à l'occasion de leurs observations orales faire valoir des moyens nouveaux ; le tribunal n'est régulièrement saisi que si ces moyens ont été confirmés dans un mémoire écrit déposé au cours de l'audience et avant les conclusions du commissaire du gouvernement (112).

(109) C.E., 4 juin 1947, sieur X..., Rec. pp. 243-244.

(110) M. Odent la situe pendant l'audience au moment où le commissaire du gouvernement se lève pour conclure sur l'affaire. La jurisprudence actuelle confirme ce point de vue en ne tenant pas compte des pièces produites après cet instant ; voir dans ce sens l'arrêt Sté des Chaux et Ciment Lafarge et du Tell, C.E. Ass., 19 novembre 1955, Rec. p. 550. Confirmation de ce point de vue a été donnée par Ch. Braibant (A.J.D.A., 1958.I.69) ; M. Lapanne-Joinville préférerait situer la clôture de l'instruction au « moment où le rapporteur rédige son rapport et se dessaisit du dossier en le transmettant au commissaire du gouvernement », *loc. cit.*, p. 326.

(111) Le requérant ne peut alors « soutenir que la procédure suivie n'a pas été contradictoire » (C.E. Sec., 13 juin 1958, Barbier) : Une lettre du préfet de police produite en cours d'audience avait été transmise au représentant du sieur Barbier. Le préfet estima par la suite que la procédure était irrégulière, concl. Braibant, A.J.D.A., 1958.I.68.

(112) C.E., 5-1-1962, Rietsch, Rec. p. 10 ; voir également Heurté, « Conclusions et moyens nouveaux présentés à l'audience », *in* A.J. 1957.I.37.

Les délais mis à la communication des pièces par les parties sont, tout à la fois, empreints de souplesse et de rigidité selon que les droits généraux de la défense ou le caractère contradictoire de la procédure méritent davantage d'être protégés.

640. — Grâce à ces règles multiples, l'instruction est la phase de l'instance le mieux protégée par les principes généraux de procédure en tant qu'elle permet aux parties de présenter toute argumentation qu'elles jugent nécessaires à leur défense :

— Elles peuvent produire tous documents et conclusions reconventionnelles concourant à la production ou à la réfutation d'une preuve qu'elles ou leurs adversaires avancent.

— L'intervention du juge y est limitée. Simple organe de transmission, il ne peut qu'appliquer, sans l'interpréter, la volonté des parties, sauf lorsque celles-ci abusent du droit qui leur est reconnu ou chercheraient à rompre l'égalité qui doit exister entre elles.

B. — Le droit des parties a se faire entendre au cours de l'audience de jugement.

641. — L'audience de jugement n'est pas la phase privilégiée de l'exercice des droits de la défense bien qu'elle assure à la procédure un parfait caractère contradictoire dont bénéficient directement les droits de la défense. Les parties mises en cause auront néanmoins la possibilité de faire valoir leur point de vue au cours de cette phase déterminante du procès.

Le juge administratif n'a pas réduit totalement le conflit existant entre le caractère écrit de l'ensemble de la procédure administrative et le caractère oral que doit revêtir normalement l'audience de jugement. Les droits des justiciables sont garantis différemment devant les juridictions qui suivent une procédure essentiellement orale et les autres.

Au cours de cette phase de l'instance, les droits de la défense ont-ils la même fonction que devant les juridictions judiciaires ? Les auxiliaires de justice ont su imposer leur concours à la marche des tribunaux civils. La procédure orale de l'audience de jugement y revêt une importance capitale, la plaidoirie des avocats, représentants des parties, est le centre même du principe du contradictoire car « elle « est plus conforme à une bonne administration de la justice, plus « vivante, plus démonstrative qu'un mémoire écrit » (113). Les efforts récents pour réduire le rôle des défenses orales n'ont été que médiocrement couronnés de succès, le décret du 22 décembre 1958 étant resté lettre morte devant de nombreux tribunaux.

La liberté de la défense orale est également une pièce centrale du contentieux disciplinaire. L'assistance d'un avocat paraît exister de

(113) L. Crémieu, « Le traité de la profession d'avocat », Ed. Dalloz, 1939, pp. 199-200.

plein droit, et en dehors de tout texte particulier, lorsqu'un organisme disciplinaire est appelé à se prononcer sur le cas de l'intéressé (114). Sa fonction n'est limitée par aucun texte et s'apparente à celle de l'avocat devant les juridictions judiciaires.

Plus la procédure a un caractère écrit, moins la défense orale est protégée. Mais les principes généraux des droits de la défense consacrent cependant le droit des plaideurs à se faire entendre à l'occasion de l'audience de jugement. Grâce à eux, ce droit a une double signification : se présenter ou se faire représenter par un défenseur (A) et présenter des observations orales (B).

I. — *Le droit des parties de se présenter ou de se faire représenter à l'audience.*

642. — L'organisation juridictionnelle administrative ne présente aucune unité profonde. La présentation et la représentation des parties par un défenseur différent d'une juridiction à l'autre, mais l'on peut tirer de cette diversité des règles de portée générale grâce à l'effet unificateur des normes non écrites de procédure.

— Sauf exception législative (difficilement concevable) *les parties ont un droit absolu à se faire représenter à l'audience par un défenseur* selon les modalités déterminées par des textes précis. Une pratique différente entraînerait une violation sanctionnée des droits de la défense (115).

— En revanche, il n'existe pas en faveur des parties de droit juridiquement protégé à assister à l'audience. Cependant, rien n'empêche les parties de s'y présenter personnellement et volontairement.

(114) Cf. J. Puisoye, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense », A.J.D.A., 1962, pp. 79-85. Voir également la jurisprudence citée *supra*, p. 372 ; « L'évolution des garanties de l'instance. »

(115) Les arrêts du Conseil d'Etat en la matière doivent, la plupart du temps, être interprétés *a contrario* ; il est assez rare qu'une juridiction refuse le principe de la représentation ; elle se contente d'en discuter les modalités : C.E., 22 décembre 1924, Gaussot, Rec. p. 1048 ; C.E., 23 mai 1925 ; Dlle Odiot, Rec. p. 501 ; C.E., 10 décembre 1956, Dame Veuve Noël, Rec. p. 356.

La libre représentation des parties n'est qu'une application d'un principe général, plus propre au contentieux répressif qu'au contentieux administratif « *principe selon lequel un prévenu est libre d'être assisté du défenseur de son choix* » (C.E., Sec. 21 février 1964, Manville, Rec. p. 118). Dans cet arrêt, la Haute Assemblée a précisé la portée du principe. L'entrée et le séjour en Algérie nécessitaient une autorisation spéciale en vertu du décret du 17 mars 1956. La décision du ministre de l'Algérie interdisant à un avocat l'accès du sol agérien est un acte discrétionnaire. Mais le Conseil d'Etat pouvait contrôler l'exactitude matérielle des faits et rechercher si la décision attaquée n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte aux droits essentiels du client pour la défense duquel M. Manville se rendait en Algérie.

a) *Le principe de la libre représentation des parties* (116).

643. — La libre représentation des parties est une des plus éclatantes manifestations des droits de la défense. Elle existe en dehors de tout texte la prévoyant expressément. Le principe de la libre représentation a été extrait de deux situations extrêmes et apparemment contradictoires : dans certains contentieux la représentation est obligatoire, alors que devant certaines juridictions rien n'était prévu par les textes.

1) *La représentation obligatoire des parties devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs.*

644. — Le droit de se faire représenter se transforme parfois en une obligation. Devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs (117) la représentation obligatoire est la règle et la dispense d'avocat une exception (118). Les tempéraments apportés au principe par les textes du 22 juillet 1889 et du 31 juillet 1945 le transforment presque en une exception, car l'administration bénéficie de dispenses d'avocat multiples. Elle est alors représentée par l'un de ses agents dans des conditions limitatives (119). La dispense d'avocat est rarement utilisée par les parties pour lesquelles le libre choix d'un défenseur est un élément de la garantie des droits de la défense. Cet aménagement des données initiales a favorisé la reconnaissance de la libre représentation, dans le silence des textes.

2) *Le principe de la libre représentation devant les juridictions spéciales.*

645. — Une jurisprudence récente a admis le droit absolu des parties de se faire représenter dans toutes les instances juridictionnelles. L'assistance par un avocat est un élément essentiel des droits de la défense et constitue un *principe général innomé.*

L'élaboration de ce principe a été soumise à des aléas multiples ; d'abord acceptée devant les organismes disciplinaires, la libre représentation y fut ensuite rejetée, puis consacrée de nouveau, à la fois pour les organismes disciplinaires et juridictionnels.

(116) Voir HEURTÉ, « Avocats et Tribunaux administratifs », A.J.D.A., 1955.I.98. E. BÉNICHOU, « Les avocats devant les tribunaux administratifs », Thèse, Paris, 1958.

(117) Sous l'empire de la loi du 22 juillet 1889, le ministère d'avocat n'était pas obligatoire (art. 8, al. 3 ancien).

(118) Voir les articles 41, 42 et 43 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Les conclusions non présentées par un avocat alors que les textes exigent que la requête soit signée par un avocat sont nulles. Le Conseil d'Etat interprète de façon stricte les textes qui prévoit le ministère d'avocat, C.E., 16 octobre 1963, Dame Veuve Lastapis, note D. Granjon, D. 1964.J.90.

(119) Cf. pour le Tribunal administratif, art. 1er du décret 57-95 du 29 janvier 1957 ; sur la représentation de l'Etat, C.E., 1958, Lapanne-Joinville, concl. Kahn, 1958.II.243.

A la réserve dont le Conseil d'Etat fit preuve à l'égard des organismes juridictionnels, on opposait, sans fondement véritable, sa hardiesse en matière disciplinaire. Dès 1913, à l'instar de son commissaire Corneille, le Conseil d'Etat reconnaissait que les droits de la défense avaient été violés parce que Téry et son avocat s'étaient vu opposer le refus du Conseil académique d'écouter leur défense. Les droits de la défense, « principes de droit commun qui existent en dehors de tout texte », permettaient pourtant aux justiciables de se faire représenter devant toute instance disciplinaire par un avocat (120).

Le Conseil d'Etat revint fâcheusement sur cette position en 1931 (121) et surtout dans l'arrêt Mast du 23 mars 1962 en estimant qu'un organe disciplinaire pouvait autoriser ou refuser l'assistance d'un avocat, au motif que le statut de la fonction publique en vertu duquel le fonctionnaire traduit devant une instance disciplinaire peut « se faire assister d'un défenseur de son choix » (122) n'était pas applicable à tous les agents publics. Le Conseil d'Etat admit par cette argumentation l'interdiction opposée au général Mast de se faire assister par un avocat devant le Conseil supérieur de la guerre (123). La solution était regrettable et contraire aux droits de la défense.

La fâcheuse impression laissée par les décisions précédentes fut effacée par le revirement du 8 octobre 1963 (124). Le Conseil d'Etat consacra la *liberté de représentation des parties en matière disciplinaire et contentieuse*. Selon une méthode et une démarche classiques, le Conseil d'Etat est parti d'un texte dont il a généralisé l'application par le recours à un principe général.

Le décret du 10 avril 1954 disposait en effet que, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions « les avocats exercent leur ministère sans « autorisation devant toutes les juridictions et organismes juridiction- « nels ou disciplinaires ». Pris dans son contexte, le décret signifiait apparemment que les avocats pouvaient remplir leur mission sans qu'une autorisation spéciale du président de la juridiction ne fût nécessaire (125) lorsque leur ministère était prévu par une disposition législative ou réglementaire.

Dans l'arrêt « ministre de l'Agriculture contre Lacour » du 8 novembre 1963 (126) le Conseil d'Etat a interprété de façon libérale les dispositions du décret et a estimé qu'elles posaient une « règle de portée

(120) C.E., 20 juin 1913, concl. Corneille, pp. 737 et s.

(121) C.E., 23 octobre 1931, Arceau, Rec. p. 895.

(122) Art. 67 de la loi du 19 octobre 1946 portant statut de la Fonction publique.

(123) C.E., Mast, 23 mars 1962, D. 1962.J.400, note Léo Hamon, obs. Gentot et Galabert, A.J.D.A., 1962.289.

(124) C.E., 8 novembre 1963, « Ministère de l'Agriculture c. Sté Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne » et « Ministère de l'Agriculture c. Lacour », note J. C. Maestre, D. 1964.J.492. Le Tribunal administratif de Lille avait déjà pris une position favorable aux droits de la défense (T. A. Lille, 6 août 1961, Beague, concl. Quandalle, A.J.D.A., 1962, p. 118).

(125) Il résultait également de cette disposition que les avocats bénéficiaient du monopole de représentation devant les juridictions administratives.

(126) Voir note 124.

générale » : Le ministère d'avocat s'exerce de plein droit et sans autorisation d'aucune sorte devant toutes les juridictions et organismes disciplinaires.

647. — *La « règle de portée générale » n'est-elle pas un principe général ?* Deux des caractéristiques fondamentales du principe général de procédure sont retenues par les arrêts Lacour et « Société Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne ». La règle est applicable par toutes les juridictions et dispose de la force législative.

— *La libre représentation est assurée devant toutes les juridictions.* La représentation ne souffre d'exception « que dans le cas où l'assis- « tance d'un avocat est *incompatible* avec le fonctionnement même « de la juridiction ». Existe-t-il une juridiction dont le fonctionnement soit incompatible avec la défense d'un avocat ? Aucune juridiction, aussi peu soucieuse des droits de la défense soit-elle, ne voit son organisation et son fonctionnement gênés par la présence d'un avocat.

— *La valeur législative de la règle* est reconnue *a contrario.* Dans le contentieux disciplinaire, l'assistance d'un avocat peut être « exclue par les dispositions statutaires régissant les intéressés » (C.E. Lacour). Or, le statut d'un agent de la fonction publique relève exclusivement de la loi. Comme tous les principes généraux, celui de la libre représentation par un avocat ne peut être limitée que par un acte législatif exprès.

Par l'arrêt Lacour, le Conseil d'Etat a fait de la libre assistance d'un avocat un principe général innomé, élément essentiel des droits de la défense. L'avocat bénéficie, au surplus, d'un monopole de représentation devant les juridictions administratives et il est uni à son client par un véritable mandat.

3) *Qui peut représenter les parties ?*

648. — Les juridictions administratives ont tenté d'échapper au lourd système judiciaire en dégageant en faveur des avocats un quasi-monopole de représentation assorti d'exceptions importantes pour la seule phase de l'instruction. Cette situation privilégiée faite aux avocats revêt des aspects diversifiés selon les différentes juridictions.

Les avocats exercent un quasi-monopole d'assistance et de représentation des parties devant les Tribunaux administratifs, sans que le recours à un avoué soit pour autant exclu (127). Une solution plus

(127) Le législateur a distingué la séance de jugement de l'instruction à l'occasion de laquelle les parties peuvent être représentées par un avoué ou parfois par un autre mandataire (al. 1 du nouvel article 45 de la loi du 22 juillet 1889). Devant le Conseil d'Etat, le monopole de représentation est conféré aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et devant les autres juridictions administratives, aux avocats inscrits au barreau. Les avoués ne peuvent présenter d'observations orales au nom de leur client. (Cf. Circulaire 2.228 du 30 décembre 1953 du ministre des Finances pour le contentieux fiscal, et C.E., 2 mai 1958, « Association Nationale des avocats », Rec. p. 253.)

restrictive a prévalu pour le Conseil d'Etat puisque seuls les avocats au Conseil sont habilités à présenter des observations orales en vertu d'une jurisprudence constante et des textes qui sont venus la confirmer (128). Devant les autres juridictions, la tendance législative (129) et jurisprudentielle est de confier aux avocats (130) le monopole de plaidoirie à l'audience et de laisser une plus grande liberté de représentation au cours de l'instruction (131).

Il résulte plusieurs conséquences tant des règles écrites que non écrites. En premier lieu, la représentation est assurée librement en cours d'instruction par un auxiliaire de justice ou par une autre personne habilitée à cet effet. En second lieu, l'avocat dispose d'un monopole de plaidoirie. Bien que le Conseil d'Etat parle d' « assistance » pour qualifier le ministère des avocats devant les juridictions administratives, les fonctions procédurales qui leur incombent ont fait d'eux de véritables représentants des parties, mandataires *ad litem* (132).

(128) Article 67 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ; voir également, C.E., 27 juin 1927, Arnoult, Rec. p. 634 et C.E., 27 février 1930, Trémège, Rec. p. 215.

(129) La loi du 31 mars 1919, modifiée, portant organisation des juridictions des pensions admet la représentation d'un avocat et les réformes successives ont prévu l'assistance judiciaire de plein droit pour les requérants.

(130) Le monopole de plaidoirie de l'avocat existe également devant les juridictions judiciaires de droit commun. Les avoués et autres mandataires ont cependant réussi à s'imposer devant un certain nombre de tribunaux judiciaires d'exception. Voir CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, n^os^ 187-189.

(131) C.E. Sec., 27 avril 1956, Caisse artisanale d'assurance vieillesse des Départements de la Saône-et-Loire, Côte-d'Or et Yonne, Rec. p. 174. Voir également, C.E. Ass., 31 mars 1956, Dame Slaiher, Rec. p. 209. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a interprété largement la loi du 26 juin 1941. Celle-ci a été modifiée à plusieurs reprises et notamment par le décret du 10 avril 1954 qui élargit le monopole des avocats. Le décret du 22 décembre 1958 reprend l'esprit de ces dispositions (art. 34, al. 2 et 37, al. 2). Celle-ci donne aux membres du barreau « inscrits au tableau, le droit d'exercer leur ministère devant toutes les juridictions, sauf devant le Tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, la Cour des comptes et le Conseil des Prises » (C.E., Dame Slaier, précité).

Le Conseil d'Etat a assorti ce principe d'une réserve qui, dans cet arrêt reçut une application très discutable, « ce droit peut se trouver inconciliable tant avec le caractère attribué à d'autres juridictions administratives par les lois spéciales qui les régissent qu'avec les règles légalement fixées pour leur organisation et leur fonctionnement ». Cette jurisprudence est désormais dépassée, semble-t-il, par l'arrêt Lacour (C.E., 8 octobre 1963, note J. C. Maestre, D. 1964.J.492, précité, p. 386. Voir également T. A. Lille, 16 août 1961, Beague c. ministre de la Construction, concl. M. Quandalle, A.J.D.A., 1962.II.118.

(132) Le droit commun confère à l'avocat le droit d'assister son client et son rôle consiste à plaider, consulter, conseiller. (SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 756). Jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cass. civile, 18 novembre 1946, D. 1947.J.40) reprise par les articles 234 et 37, al. 2 du décret du 22 décembre 1958. La situation de l'avocat devant les juridictions administratives est différente. Le mandat dont il dispose est engendré par le caractère écrit de la procédure et l'unicité de représentation (art. 8 de la loi de 1889 et 5 et 45 du décret du 30 septembre 1953 ; art. 27 de la loi du 28 octobre 1946, pour les juridictions des dommages de guerre).

Le mandat engage la responsabilité du mandant à l'occasion des actes faits par le mandataire. Cette représentation muselle l'avocat chargé de défendre les intérêts de ses clients, mais assure une efficacité de défense qui, pour beaucoup,

b) *Le droit des parties de se présenter à l'audience.*

649. — Une possibilité théorique est offerte aux parties d'assister à la séance de jugement à l'occasion de laquelle est appelée leur affaire, sans qu'elle représente un véritable droit pour eux (sauf devant les Tribunaux administratifs). Il est vrai que la représentation par un mandataire rend inutile la participation des parties à une audience de jugement (133).

La possibilité des parties de se présenter à l'audience diffère selon les juridictions. Sauf exceptions (134) le plaideur n'a pas à se présenter devant le Conseil d'Etat (135). Les juridictions des pensions, en dépit de leur affinité avec l'ordre judiciaire et au mépris de l'article 85 du Code de Procédure civile, se sont ralliées au point de vue du Conseil d'Etat. Elles ne reconnaissent aux parties aucun droit juridiquement protégé de se présenter à l'audience (136).

Les Tribunaux administratifs ont opté pour une solution différente pour deux raisons : les dispenses d'avocats y sont encore nombreuses ; en outre, les problèmes qui leur sont soumis en premier ressort ne sont pas encore décantés et les questions de fait réclament souvent des explications orales que seules les parties peuvent fournir. Aussi, le droit des parties de présenter une défense orale est-il absolu et le tribunal ne saurait le limiter (137).

ne résulte pas d'un contrat de louage de service. La liberté de l'avocat perd ce que gagne la sécurité de la défense.

(133) Dans le contentieux disciplinaire, l'*intuitu personae* de l'intéressé a autant d'importance que les faits qui lui sont incriminés et a engendré des conséquences différentes. En matière disciplinaire, tout individu a le droit de présenter oralement sa défense si un organisme collégial est amené à donner son avis ou prendre une décision sur son cas (solution implicite des arrêts Téry, C.E., 10 juin 1913, concl. Corneille, Rec. pp. 736 et s.) et Villes, (C.E., 10 août 1918, conclusions Berget, Rec. p. 841), confirmée par la suite.

(134) La formation de jugement a cependant le pouvoir d'interroger l'une des parties et de lui demander de fournir des éclaircissements. Le Conseil d'Etat peut recourir à ce droit aussi bien vis-à-vis de l'administration que des particuliers (voir *infra*). Laferrière n'analysait pas cette intervention comme une plaidoirie ni comme une défense orale, mais comme une mesure d'instruction destinée à compléter les observations contenues dans un mémoire.

(135) C.E., 27 février 1930, Trémège, Rec. p. 225. La rédaction de l'article 67 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ne permet aucune autre interprétation.

(136) C.E.,19 mars 1931, Lafarge, Rec. p. 315. Le Conseil d'Etat rappelle que la Cour des Pensions n'est pas tenue à statuer en présence d'un avocat si le requérant ne s'est pas présenté après avoir été averti de la date de l'audience. C.E., 20 mars 1930, Oberti, Rec. p. 325 : Le tribunal n'a pas l'obligation d'admettre l'intéressé à présenter lui-même des observations orales après plaidoirie de son avocat. Jurisprudence confirmée par l'arrêt du 22 juin 1933, Garrigues, p. 673. Dans les trois cas précités, les auteurs du pourvoi invoquaient expressément une violation des droits de la défense. Cf. également, C.E., 22 décembre 1924, Gaussot, Rec. p. 1048.

(137) C.E., 20 janvier 1937, ville de Nice, Rec. p. 83. Le Tribunal doit même satisfaire à la demande d'intervention orale formulée par un justiciable qui s'est présenté à l'audience sans avoir demandé à être convoqué (C.E., 10 juillet 1957, « Elections de Chamborigand », Rec. p. 464).

Pour les autres juridictions, l'exemple des Tribunaux administratifs a été déterminant. Les requérants ont un droit à présenter des observations orales au cours de l'audience de jugement s'ils ont satisfait à certaines conditions. Ils doivent avertir la juridiction de leur intention d'agir dans ce sens. Prévenue, celle-ci ne pourra s'opposer à leur désir qui devient un droit. La réalisation de leur droit est donc subordonnée à une manifestation de volonté (138).

De l'impossibilité à présenter personnellement des observations orales on aboutit au droit protégé à le faire. La progression constatée est inverse à la rigueur de la procédure écrite imposée à ces différentes juridictions et au caractère poussé de l'instruction. La solution retenue par chaque juridiction est dictée par les droits de la défense. Un schéma assez parallèle se retrouve dans la valeur accordée aux observations orales.

II. — *Le contenu et la valeur juridique des observations orales.*

650. — Les caractères généraux de la procédure administrative déterminent le contenu et la valeur accordés aux débats oraux. Les principes généraux des droits de la défense n'ont pratiquement pas infléchi les conséquences qui découlent du caractère écrit de la procédure suivie par les principales juridictions administratives. Des débats oraux auraient-ils plus parfaitement assuré la libre défense des parties ? La réponse doit être affirmative pour les juridictions spéciales qui, en dépit des contraintes exercées sur elles par les règles non écrites, négligent parfois les droits de la défense.

Malgré cela, les observations orales et l'interrogation des parties ont une place mineure dénuée de valeur juridique réelle.

a) *Le contenu des observations orales.*

Il faut distinguer les observations des avocats et l'interrogation des parties par le juge.

651. — *Les observations des avocats* (139). — Les observations orales que les parties peuvent présenter personnellement ou faire présenter ne sauraient consister qu'en un *résumé* des faits, moyens et conclusions exposés dans les mémoires écrits. Le caractère sommaire des observations est sanctionné par le droit du président de les interrompre et d'y mettre un terme sans que les droits de la défense en

(138) Les raisons de l'absence de l'intéressé ne doivent pas être prises en considération par le tribunal. Le requérant qui a fait valoir son intention de se présenter à l'audience et qui a été dans l'impossibilité de réaliser son désir pour des raisons de santé, ne peut invoquer une violation des droits de la défense parce qu'il n'a été entendu. Une certaine évolution s'est produite dans ce domaine depuis le début du siècle, voir C.E., 16 janvier 1957, Aveline, Rec. p. 32.

(139) « Le mot observation a été employé à dessein comme disant moins que le mot plaidoirie », constatait de Cormenin en 1831 qui voyait là une conséquence fâcheuse pour la liberté de la défense. Commentaire de l'ordonnance du 2 décembre 1831, Duvergier, T. 31, p. 72.

soient pour autant violés (140). Devant aucune juridiction, les parties ne peuvent adopter à la barre des conclusions nouvelles ou faire état de moyens nouveaux ou même de produire une pièce ne figurant pas au dossier (141). Les notes d'audience ou notes en délibéré modifient dans la pratique la rigueur de cette règle.

652. — *L'interrogation des parties par le juge.* — Le juge administratif a la possibilité d'interroger les parties et notamment les agents ou les représentants de l'administration pour obtenir d'eux des éclaircissements « techniques », et « objectifs » sur des faits qui ont pu être analysés confusément ou maladroitement par les parties. Ce droit reconnu au juge favorise la manifestation de la vérité, et par là, la défense ; mais ne bouleverse-t-il pas les données classiques du caractère écrit de la procédure administrative ? Il est une adaptation intéressante de certains textes bien qu'il se trouve limité par la nature du contentieux administratif.

Le droit du juge d'interroger les parties procède d'une interprétation large et d'une généralisation à l'ensemble des juridictions administratives de l'article 45 de la loi du 22 juillet 1889 : « Après le rapport qui est fait de chaque affaire... les parties peuvent présenter des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites. » Le contentieux de l'annulation, en vertu d'une pratique indiscutée, et celui des Travaux publics, en raison des textes, constituent le terrain d'élection de l'interrogation.

L'interrogation du juge peut-elle évoluer en un interrogatoire ? Si oui, le caractère accessoire de la procédure orale risque de devenir déterminant et le caractère écrit relégué à un rang d'accessoire. L'article 45 précité ne doit, en réalité, ni avoir pour objet, ni engendrer pour effet de permettre au juge d'interroger un agent ou l'un quelconque des parties sur des faits qui lui sont reprochés (142). Dans le contentieux de l'annulation une marge plus large est laissée au juge. Une comparution personnelle d'un agent ou un interrogatoire prolongé des « parties » aboutit à substituer une enquête à une simple explication d'audience (143). M. Grévisse n'a pas caché la difficulté de

(140) C.E., 7 février 1944, Bost, cité par H. Gabolde, *op. cit.*, p. 277. La décision a été dégagée pour les tribunaux administratifs, mais paraît applicable à l'ensemble des juridictions en vertu des pouvoirs discrétionnaires dont jouissent les présidents. Pour les tribunaux judiciaires, C.A. Toulouse, 17 janvier 1951, D. 1951.146.

(141) S'il en était autrement, l'instruction devrait être réouverte et l'affaire reportée à une audience ultérieure. Elle donnerait lieu à un second rapport et à un nouveau débat. Pour les tribunaux judiciaires, les parties peuvent remettre au tribunal des notes d'audience après communication régulière à l'adversaire. Ces notes ne peuvent comporter de moyens nouveaux.

(142) C'était le point de vue soutenu par le ministre de la Guerre et repris par le commissaire du gouvernement Grévisse dans l'affaire Coulon, C.E., 11 mars 1955, R.D.P. 1955.998.

(143) Le fait fut reproché au Tribunal administratif de Caen qui avait ordonné la confrontation de Coulon, employé d'un service de la Défense nationale, licencié après préavis et sans motif. Le Conseil d'Etat a estimé abusif de la part du Tribu-

différencier « l'explication sur le fait litigieux » de « l'éclaircissement technique ». Malgré les efforts tentés par certaines juridictions les débats oraux demeurent extrêmement limités par leur contenu.

b) *La valeur juridique des débats oraux.*

653. — Les limites juridiques et pratiques qui enserrent les débats oraux suppriment toute valeur réelle à la plaidoirie. L'avocat ne peut-il pas se prévaloir du mandat *ad litem* qui l'unit à son client pour faire accéder la plaidoirie à un niveau supérieur ? (144)

La valeur de la plaidoirie est difficile à déterminer. Malgré que les débats oraux n'aient qu'une valeur contingente, la plaidoirie constitue un droit dont la violation a des répercussions sur la défense, car elle est une formalité substantielle, selon la volonté des parties (145). Elle n'a de valeur que parce qu'elle est une liberté protégée, bien que son exercice soit fortement restreint devant les juridictions administratives. En tout état de cause, la plaidoirie demeure l'élément mineur de la procédure et ne procure que des satisfactions théoriques aux droits de la défense.

Au libre développement des droits de la défense le Conseil d'Etat préfère le respect des valeurs consacrées, telle la procédure écrite. La défense dût-elle en souffrir, les débats oraux doivent se cantonner à la place mineure qui leur a été assignée. Pour l'instant l'attachement aux simples caractères généraux de la procédure l'emporte sur la satisfaction des principes généraux.

654. — *Conclusion du paragraphe.* — La liberté des parties de se faire entendre s'analyse en un droit pour elles de produire tous documents et de présenter toutes observations utiles à leur défense.

Les principes généraux n'ont cessé de renforcer la garantie ainsi offerte aux parties en conciliant les caractéristiques classiques de la procédure avec les impératifs d'une défense utile. Mais l'instruction est mieux protégée que l'audience de jugement qui demeure la phase déshéritée de l'instance. Cette situation défavorisée peut être attribuée à la rareté des textes en la matière. Ils ne permettaient pas aux

nal administratif de demander au directeur de l'arsenal de venir à l'audience, confirmer ou infirmer les propos que lui prêtait Coulon.

(144) Le caractère mineur de la plaidoirie pour les droits de la défense se vérifie par une jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Sur un point de détail : l'ordre des plaidoiries (C.E., 12 avril 1930, Veuve Sallès, Rec. p. 473). La règle de la priorité donnée au demandeur est absolue devant les tribunaux judiciaires. Le Conseil d'Etat a, au contraire, encore rappelé par une décision « Entreprise Gri et fils », du 2 mars 1960 (Rec. p. 164), qu'il n'existe pas de règle générale de procédure en ce domaine et que le demandeur est sans intérêt à « se prévaloir, pour « soutenir que la procédure devant le Tribunal a été viciée, de ce que son avocat « aurait été entendu après celui de la commune défenderesse ».

(145) C.E., 23 mai 1925, Dlle Odiot, Rec. pp. 501-502 : « L'avocat de Mlle Odiot a déclaré se présenter pour elle et a développé en sa plaidoirie les moyens sur lesquels elle entendait se fonder..., la requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée a été rendue en violation des droits de la défense. »

règles non écrites de développer leur application. La procédure écrite et inquisitoire est combinée à la défense orale et contradictoire dès que les droits de la défense le réclament :

— Les parties en cause soumettent au juge ou transmettent par son intermédiaire à leurs adversaires tous documents nécessaires à la preuve (mémoires, conclusions reconventionnelles, etc.).

— Le juge contrôle cette défense utile en rejetant tout document surabondant qui lui serait soumis.

— Les parties ont un droit absolu à se faire représenter par un défenseur de leur choix devant l'ensemble des juridictions.

Les droits de la défense ont été analysés jusqu'ici comme une *liberté* des parties. Ils apparaissent, sous un autre aspect, comme une *obligation* du juge de diriger contradictoirement la procédure.

§ 3. — L'obligation du juge d'instruire contradictoirement l'affaire.

655. — En contraignant le juge de diriger l'instruction, le principe du contradictoire accentue sur ce point les garanties dues à l'organisation juridictionnelle tout en protégeant fortement les droits de la défense.

L'obligation du juge de diriger l'instruction participe d'un droit plus vaste consacré par les principes généraux de procédure, celui des parties à obtenir une décision de justice (146). Il recouvre leur aptitude non seulement à être nanties d'une décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, mais également celle à obtenir avant le jugement une instruction complète de l'affaire.

L'évolution jurisprudentielle a renversé l'ordre des valeurs procédurales : le principe du caractère contradictoire a pris le pas sur les droits de la défense. Sauf textes limitativement énumérés et d'application restreinte, le juge respecte le principe contradictoire dans toute sa plénitude au cours de l'instruction. La tâche du juge est d'autant plus délicate que la recherche de la preuve est liée également à l'initiative des parties. Elles participent à la découverte de la vérité avec le juge qui dispose de pouvoirs d'investigation étendus pour établir sa conviction. Ici, le caractère inquisitoire de la procédure trouve sa justification dans la position défavorisée que risquerait d'avoir le particulier dans l'instance. Le plus fréquemment demandeur, le particulier a besoin de la protection d'un juge investi de prérogatives suffisantes pour combattre l'inertie de l'Administration.

L'obligation pour le juge de recourir à une instruction contradictoire est sanctionnée par les textes et renforcée par les principes généraux de procédure. Toute infraction à ces obligations entraîne nor-

(146) Cf. *infra*, le principe posé par l'arrêt Balaguer, C.E., 17 mai 1961, Rec. p. 333. Voir *infra*, « Les principes relatifs à la juridiction », chapitre I^er^, pp. 462 et s.

malement une nullité de la procédure entreprise et constitue une violation de l'obligation faite au juge de juger.

656. — Mais n'existe-t-il pas dans le contentieux administratif certaines limites à l'obligation faite au juge d'instruire toute affaire et, par là même, au caractère contradictoire de la procédure ? (147). Elles apparaissent au nombre de deux.

1) Le Conseil d'Etat et le Tribunal administratif, depuis la réforme de 1953, ont la possibilité de supprimer toute instruction (148). Mais cette mesure est d'application limitée (149) et n'est utilisée que si elle est législativement prévue (150). Jusqu'ici, les deux juridictions administratives ont interprété de façon très restrictive la notion de « solution certaine » qui justifie la suppression de l'instruction et préfèrent, dans la plupart des cas, offrir aux justiciables les garanties de l'instruction (151). Si évidente que soit la solution du litige au fond, le Conseil d'Etat ou le Tribunal administratif laissent au requérant la possibilité de compléter les prétentions contenues dans la requête introductive par des moyens nouveaux en cours d'instruction. L'instruction a souvent pour objet de rétablir une affaire mal engagée. En tout état, la doctrine est d'accord pour estimer que cette procédure accélérée n'aboutit pas à méconnaître le caractère contradictoire de la procédure (152).

2) Le juge administratif n'a pas le droit d'exiger la production de certains documents qualifiés quasi discrétionnairement par l'Administration de secrets. Il y a là moins une atteinte au principe du contradictoire que sa suppression en la matière.

A la différence du juge judiciaire, le devoir du juge administratif d'instruire une affaire n'est pas caractérisé par la neutralité. Par l'ensemble des mesures qu'il peut imposer, il est un organe actif et direc-

(147) En procédure civile, la violation du caractère contradictoire n'entraîne ni la nullité, ni l'inefficacité de la procédure. Si une mesure d'instruction imposée par le juge n'a pas été contradictoire (une expertise, par exemple), le tribunal peut, malgré son irrégularité, s'en servir à titre de renseignement, Cass. civ., 5 août 1895, D.P. 1896.I.157.

(148) Article 52 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et article 8 du décret du 30 septembre 1953 (article 9 nouveau de la loi du 22 juillet 1889). Voir LAPANNE-JOINVILLE, *loc. cit.*, pp. 327-331.

(149) La sous-section du Conseil d'Etat ou le Président du Tribunal administratif, « lorsqu'il suppose au vu de la requête introductive d'instance, que la solution est d'ores et déjà certaine..., peut décider, qu'il n'y a pas lieu à instruction (article précité) et transmettre la requête au commissaire du gouvernement pour inscription au rôle.

(150) C.E., 25 janvier 1957, « Raberento et syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches », Rec. p. 66.

(151) Seules les requêtes non motivées ou dirigées devant une juridiction manifestement incompétente ont fait l'objet d'une procédure de jugement sans instruction préalable. A notre connaissance, il n'est recouru à cette solution que pour les questions de procédure et de compétence, C.E., 5 avril 1957, Association des Anciens élèves de l'E.N.A., Rec. p. 245, C.E., 30 juillet 1959, Durel, Rec. p. 477.

(152) ODENT, T. 2, *op. cit.*, p. 471, voir également DEBBASCH, *op. cit.*, p. 371 et AUBY et DRAGO, n° 748.

teur de l'instruction, mais redevient un organe neutre et passif lorsqu'il transmet à une partie les prétentions et défenses de l'autre. Ses fonctions sont coiffées par l'obligation permanente de respecter le principe du caractère contradictoire de l'instruction et, par là, les droits de la défense. Les devoirs de l'organe instructeur peuvent être décomposés en trois éléments :

— La transmission de tous les éléments de l'instruction aux parties (A).

— L'obligation du juge d'ordonner toute mesure nécessaire (B).

— L'obligation du juge de mener une instruction complète (C).

A. — La transmission aux parties de tous les éléments de l'instruction.

657. — Pour le juge administratif, l'instruction est, à la fois, une information et une direction. Son rôle d'informateur est d'autant plus important que les parties doivent supporter, dans une certaine mesure, la charge de la preuve. En vertu du principe contradictoire, le juge a l'obligation de communiquer aux parties tous les éléments de l'instruction, sous réserve de certaines exceptions.

I. — *L'obligation du juge de communiquer les éléments de l'instruction* (153).

658. — Le juge doit faciliter la réalisation de la preuve par une communication adéquate aux parties de tous les éléments de l'instruction qui les intéressent. De l'arrêt Villes (154) à celui des « Amis du site de Clagny » (155), c'est un rappel opiniâtre des obligations du juge à cet égard. Dans des délais convenables, le juge transmet aux parties tous les documents utiles à leur défense.

La règle de la communication des pièces du dossier par le juge constitue-t-elle par elle-même un principe général ou participe-t-elle directement du principe des droits de la défense ?

Le commissaire du gouvernement Berget a indiqué les raisons d'être et la nature de cette règle qui a subi autant de perfectionnement que de vicissitudes depuis, mais demeure intangible. Ses propos sont prophétiques. « Si... en envisage *les principes généraux du droit*, « on doit reconnaître que *la communication des pièces composant « le dossier est un de ces principes essentiels dont l'observation s'im- « pose, sans qu'ils aient besoin d'être inscrits dans un texte exprès*,

(153) Voir *supra*. Cette obligation du juge a déjà été étudiée, en partie, sous certains de ces aspects : « Le droit des parties d'être averties de l'existence et du déroulement de toute procédure contentieuse. » Voir *supra*, pp. 397-411.

(154) C.E., Villes, C.E., 10 août 1918, concl. Berget, Rec. p. 841 et C.E. Ass., 20-1-1933, Cie générale des Papiers, Rec. p. 84.

(155) C.E., 8 novembre 1963, concl. Braibant, A.J.D.A., 1964.II.55, voir *supra*, p. 406.

« à toutes juridictions de quelque nature qu'elles soient » (156). Le Conseil d'Etat ne suit pas totalement son commissaire dans une démarche aussi ambitieuse. Il reconnaît que la Commission supérieure des Bénéfices de guerre est bien une juridiction administrative et qu'elle aurait dû communiquer au sieur Villes qui en avait fait la demande le dossier qui le concernait. Il n'en invoque pas pour autant les principes généraux, mais seulement la règle générale de procédure au terme de laquelle « aucun document ne saurait être « régulièrement soumis au juge sans que les parties aient été mises « à même d'en prendre connaissance ».

660. — *Quelle est la valeur d'une telle règle générale de procédure qui a tous les caractères d'un principe général ?* L'appel à cette notion de règle générale de procédure crée une équivoque, mais permet de conclure que la Haute Assemblée, si elle a refusé d'innover formellement, a cependant suivi son commissaire et a accepté les fondements de sa thèse : son application repose sur certaines dispositions du Code de procédure, dont le commissaire du gouvernement fit état (157) pour dire qu'elles participaient du grand principe des droits de la défense. La règle posée est respectée par toutes juridictions administratives (158). Cette jurisprudence atteint un degré inégalé de perfection avec l'arrêt Olier du 5 octobre 1960 (160). Il rappelle l'obligation à la commission nationale des accidents du travail de communiquer aux parties les différentes productions faites par leurs adversaires.

Cette interprétation peut-elle encore être soutenue après l'arrêt « Société des Amis du Site de Glagny » ? (161). Il confirme l'obli-

(156) Pour le commissaire du gouvernement, les principes généraux du droit devraient normalement pouvoir s'appliquer aux juridictions des deux ordres judiciaire et administratif ainsi qu'à l'ensemble des organismes disciplinaires. Dans un arrêt du 17 avril 1964, le Conseil d'Etat n'y voit cependant qu'une règle générale qui participe du caractère contradictoire de la procédure : « Sté Financière et Industrielle des pétroles », Rec. p. 233.

(157) Les articles 65 et 77 anciens du Code de Procédure civile imposaient la communication entre parties ; l'article 88 donne aux parties le droit réciproque de demander communication des pièces employées contre elles.

(158) C.E., 11 avril 1919, Gachies, Rec. p. 3, 666. C.E., 22 décembre 1922, Bizet, Rec. p. 987 ; C.E., 8 novembre 1933, Association Le souvenir, Rec. p. 987 ; C.E., 13 mars 1937, Société de transbordement du port de Strasbourg, Rec. p. 310. Une jurisprudence plus récente confirme en tout point les arrêts antérieurs, voir *infra*, note 161.

Cette règle générale de procédure est complémentaire de celle que nous avons analysé dans le paragraphe précédent et selon lequel les « parties doivent toujours être amenées à prendre connaissance du dossier tel qu'il est constitué avant le jugement » (Sté ind. de produits chimiques Bozel-Malétra, Rec. p. 62). L'une des règles générales de procédure envisage le droit des parties et l'autre l'obligation de la juridiction : l'une et l'autre ont pour cadre le caractère contradictoire de la procédure et pour objet la réalisation de la preuve par l'information des parties.

(160) C.E., 5 octobre 1960, « S.A. des Ets Olier », observations Galabert, A.J.D.A., 1960.II.380.

(161) C.E., 11 octobre 1963, « Sté des Amis du Site de Clagny », conclusions Braibant, A.J.D.A., 1964.II.55.

gation précédente, mais n'en fait plus qu'un élément du principe du caractère contradictoire de la procédure. Cette argumentation nouvelle n'annonce pas un revirement, mais une simplification de la jurisprudence antérieure.

Quelle qu'ait pu être la nature de cette obligation du juge (principe ou règle générale), la prescription demeure la même : aucun document ne saurait être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance. Cette garantie procédurale a renoncé à revendiquer son autonomie et participe désormais directement du principe contradictoire.

II. — *La portée de l'obligation du juge.*

661. — Grâce aux règles relatives à la communication des arguments entre parties, le régime de la preuve est considérablement facilité. Aucun des adversaires ne pourra ignorer l'argument avancé par l'autre; aucune des parties n'ignorera les mesures qu'envisage de prendre le juge ou le résultat de ces mesures. En d'autres termes, chaque partie en cause sera mise à même de répondre aux arguments de son adversaire.

L'obligation faite au juge est générale :

— Elle s'applique aux pièces soumises au juge par la partie adverse (jurisprudence Villes) (162).

— Elle concerne également toutes les mesures d'instruction qu'impose le juge et qui doivent être communiquées aux parties (163).

Les pouvoirs inquisitoriaux reconnus au juge lui permettent d'exiger des parties, qui ne peuvent refuser, de lui communiquer tout document aux fins de transmission à l'adversaire (164).

Les règles relatives à la communication et à la transmission des éléments de preuve connaissent cependant des assouplissements. Le principe du contradictoire n'oblige pas le juge de communiquer avec la même diligence les pièces qui n'apportent aucun élément nouveau à l'instruction et qui seraient sans effet sur la solution du litige (165).

La fonction assignée au juge unifie l'instruction, institution mixte, en s'appliquant aussi bien aux productions des parties qu'aux initiatives du juge. Toute communication faite par les parties, ou à elles imposées, toute comparution personnelle, toute expertise seront *contradictoires*. Si elles ne l'étaient pas, le juge ne serait pas à même de rendre une décision et faillirait à la mission que lui imposent les

(162) Voir *supra*, pp. 403 et s., C.E., 10 août 1918, Villes, précité, Rec. p. 841.
(163) Voir *supra*, pp. 398 et s., et *infra*, pp. 442 et s.
(164) C.E., 1er mai 1936, Couespel du Mesnil, Rec. p. 485. Le refus de communication par l'adversaire a des conséquences importantes sur la preuve (C.E., 28 mai 1954, Barel, concl. Letourneur, Rec. p. 308, voir *infra*, p. 431).
(165) Voir *infra*, p. 451.

principes généraux de procédure. Mais ceux-ci doivent être conciliés avec la protection accordée à certaines activités de l'administration.

III. — *Les exceptions à la communication de documents.*

662. — Le principe du caractère contradictoire peut-il s'accommoder d'exceptions à la communication de certaines pièces et documents ? L'immunité accordée à certains documents réputés secrets ou confidentiels n'altère-t-elle pas l'égalité qui doit exister dans le procès entre l'Administration et le particulier ?

La transmission au juge ou par le juge de documents confidentiels ou secrets constitue une violation des droits de la défense (166). En effet, une communication qui ne bénéficierait pas de publicité auprès de toutes les parties contredirait le caractère contradictoire de la procédure (167). *Le rejet de certaines pièces n'est donc pas nécessairement une atteinte aux principes généraux, mais un renforcement du contradictoire et des droits de la défense.* Trois types de documents dérogent au régime de la libre communication : ceux qui contiennent des secrets de la défense nationale, les documents mettant en jeu le secret professionnel, et les documents fiscaux.

a) *La communication des secrets de la défense nationale.*

663. — La détermination du secret de la défense nationale s'est posée à l'ensemble des juridictions dont relèvent les forces armées à un titre ou à un autre. Le Code pénal prévoit des « informations et documents réputés secrets de la défense nationale » (168) et institue des peines de détention criminelle à temps contre ceux qui les ont « porté ou laissé porter à la connaissance d'une personne non qualifiée ». Un tribunal fait-il nécessairement partie de ces « personnes non qualifiées » ? Il existe des juridictions qui peuvent recevoir communication des secrets de la défense nationale : ce sont les juridictions répressives chargées de punir ceux qui les ont divulgués et pour lesquelles la connaissance du document (élément constitutif de l'infraction) est nécessaire à la qualification du crime (169).

Le juge administratif, en revanche, ne peut obtenir la production d'un secret de la défense nationale, ni pour lui, et encore moins aux fins de communication à l'adversaire de l'Administration. Le secret de la défense nationale est cependant un élément de preuve, qui mériterait d'être pris en considération. Malgré cela le Conseil d'Etat, dans l'affaire Coulon, a reproché au Tribunal administratif de Caen d'avoir réclamé la communication de certains documents à l'Administration qui, par la voix du ministre de la Défense, s'y était opposée (C.E.

(166) C.E., 28 janvier 1937, Dich-Vitus, Rec. p. 129.

(167) C.E., 8e Sous-Section, Société X..., 10 octobre 1962, obs. Drago, A.J.D.A., 1963.II.156.

(168) Articles 74 à 76 du Code pénal, modifié par l'Ordonnance 60-529 du 4 juin 1960. La divulgation de secrets de la Défense Nationale est qualifiée de crime d'atteinte à la Défense Nationale.

(169) Cass. crim., 24 septembre 1891, D. 1892.I.475.

11-3-1955, Coulon) (170) à raison de leur caractère secret. Il appartient alors au juge administratif, a précisé le Conseil d'Etat dans un arrêt Benouali de 1960 (171), « sans discuter le refus qui lui a été « opposé, de statuer, comme il l'a fait au vu des seules pièces à lui « soumises et de joindre cet élément de décision... à l'ensemble des « données fournies par le dossier ».

664. — *Les arrêts Coulon et Benouali appellent quelques remarques :*

— C'est à l'autorité détentrice du secret de décider, discrétionnairement, de la qualité du secret. Pour nécessaire que soit cette mesure, elle est dangereuse pour les droits de la défense et bat en brèche le principe du caractère contradictoire de la procédure. L'Administration peut-elle ainsi, à tout moment, se dérober à la position d'égalité avec le particulier qui lui est donnée par le procès administratif ? Sans mettre en doute le sérieux avec lequel sont prises les décisions par les autorités administratives, on peut cependant éprouver certaines craintes. Les décisions n'ont pas à être motivées et, en cas de recours contentieux, l'Administration a la possibilité d'invoquer, sans contrôle réel, l'existence d'un secret de la défense nationale. Le juge ne pourra plus exercer qu'une censure sur la qualité extérieure de l'acte attaqué.

— C'est à la même autorité administrative qu'il appartient de dire quelles sont les personnes qui sont ou non qualifiées à détenir un secret de la Défense nationale. Elle agit, là aussi, en toute liberté. Les personnes non qualifiées sont notamment le juge administratif et l'adversaire de l'Administration. En aucun cas, si l'Administration décide qu'un document est secret, le juge ne pourra en demander la communication, « même opérée sous les garanties et dans les formes juridictionnelles » (172). Le juge n'est cependant pas totalement désarmé face à l'administration active.

— Dans la mesure où les documents couverts par le secret de la Défense nationale lui paraissent indispensables pour former sa conviction, le juge administratif peut, par les voies de droit mises à sa disposition, demander tous « éclaircissements » nécessaires à l'autorité responsable. Il l'interroge sur la nature des pièces écartées, dans la limite où il n'est porté aucune atteinte au secret garanti. En vertu

(170) C.E., 13 novembre 1955, « Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon », concl. Grévisse, R.D.P., 1955, p. 995.

(171) C.E., 30 mars 1960, Benouali, Rec., p. 232. Le débit de boisson de Benouali avait été fermé par décision administrative. A l'occasion d'un recours en annulation de la décision devant le Tribunal administratif de Paris, le ministère de l'Intérieur excipa du caractère secret présenté par certains renseignements qui auraient permis de préciser les griefs retenus à la charge du sieur Benouali pour en refuser la communication et à l'intéressé et au tribunal. On peut supposer en fonction de la date de l'arrêté du ministre (14 janvier 1958) que les secrets invoqués étaient en rapport direct avec les événements d'Algérie.

(172) C.E., 13 novembre 1955, Coulon déjà cité.

de la théorie générale de la preuve, le juge dispose d'un moyen efficace de pression pour convaincre l'administration de lui fournir les renseignements nécessaires. Au cas de refus opposé à la demande du juge, celui-ci joint, aux termes mêmes de l'arrêt Coulon, « cet élément de décision » à l'ensemble des données, en vue du jugement à rendre. Le silence de l'administration n'infère pas une présomption de légalité à moins que les pièces secrètes contiennent une justification et une réponse pertinente aux arguments de la partie adverse. Une attitude non coopératrice de l'administration peut ainsi équivaloir, dans certains cas, à un aveu et constituer un commencement de preuve d'une irrégularité.

La non-communication des secrets de la Défense n'est pas une atteinte au caractère contradictoire de la procédure, elle le fait disparaître totalement. Le danger que représente au plan des droits de la défense cette limitation imposée au juge administratif est fortement atténué par la possibilité qui est la sienne de demander à l'administration tous éclaircissements nécessaires.

b) *La communication des informations couvertes par le secret professionnel.*

665. — M. Grévisse (173) a refusé d'établir un parallèle entre les documents protégés par le secret professionnel et les secrets de la Défense nationale. La question est posée depuis longtemps de savoir si l'obligation de secret professionnel existe à l'égard de la justice. L'article 378 du Code pénal ne prévoit expressément le secret que pour des catégories professionnelles très limitées (174). Mais certaines activités des fonctionnaires méritent également, dans l'intérêt du service ou des administrés, de ne pas être divulguées. On en a conclu qu'il existait un secret professionnel à la charge de certains fonctionnaires et une obligation générale de discrétion pour l'ensemble des agents publics (175). Une distinction entre les obligations nées de l'article 378 et l'obligation générale de discrétion des fonctionnaires doit être faite.

666. — *La disposition de l'article 378 du Code pénal sur le secret professionnel est générale et absolue.* Les règles qui y sont relatives

(173) Conclusions précitées, sous C.E., 11 mars 1955, « Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon », R.D.P., 1955, p. 995.

(174) Médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens et les sages-femmes. Le législateur a étendu l'obligation de secret « à toutes autres personnes dépositaires par état ou par fonctions temporaires ou permanentes ». La loi les oblige parfois à se porter dénonciateurs. Après hésitations, et sur les instances de la doctrine, les tribunaux judiciaires ont donné la primauté au secret professionnel sur la nécessité de faire la lumière sur certaines affaires. Médecins, journalistes, prêtres, officiers ministériels sont, à un degré plus ou moins grand, soumis aux nécessités du secret professionnel. Voir sur ce point, Bouzat-Pinatel, « Traité de droit pénal et de criminologie », T. II, n° 124, n° 273 et n°s 1218-1285.

(175) Les commissaires de police, les juges d'instruction, les directeurs d'hôpitaux psychiâtriques sont ainsi rigoureusement tenus au secret professionnel et liés par les dispositions de l'article 378.

doivent recevoir application sans restriction à l'égard de tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret confié. Peu importe que les faits qu'ils apprennent ainsi leur aient été révélés par des particuliers ou que leur connaissance provienne de l'exercice de leur fonction (176). Cette règle vaut même pour les tribunaux des pensions qui ne peuvent affranchir les détenteurs d'un secret. Il n'est pas besoin d'insister sur les inconvénients d'une règle ainsi absolue. L'expertise médicale et les documents médicaux versés à l'appui des demandes de pension acquièrent ainsi une valeur juridique incontestable. En cas de difficulté, le praticien se retranche, trop aisément parfois, derrière le secret professionnel. Comme, au surplus, les documents médicaux fournis par le requérant ou demandés par le juge ne sont revêtus d'aucun caractère contradictoire, la preuve apportée est raisonnablement contestable, mais juridiquement incontestable : les expertises médicales ont la force probante des pièces soumises à la juridiction, mais, en tout état, le juge n'est pas lié par les termes du rapport; il peut ne pas le retenir ou demander une nouvelle expertise à titre de supplément d'instruction. La latitude laissée au juge limite les inconvénients qui résultent de l'atteinte portée au caractère contradictoire de la procédure.

667. — *L'obligation de discrétion professionnelle est-elle assimilable au secret professionnel ?* Le statut de la fonction publique (177), indépendamment des règles précédentes sur le secret professionnel, soumet tout agent à une obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (178). Cette obligation vaut essentiellement dans les rapports entre l'agent public et les tiers (179). Il ne peut divulguer aucune pièce et aucun document administratif à des personnes étrangères au service, sous peine de sanction disciplinaire. Mais le fonctionnaire n'est pas le dépositaire exclusif des secrets du service. Il doit en rendre compte à ses supérieurs et les faire partager par ses collègues. Il a, de la même façon, l'obligation de les transmettre aux tribunaux répressifs ou administratifs quand ceux-ci lui en adressent la demande.

La seule limite constituée en ce domaine est donc celle apportée par les secrets qui tombent sous le coup de l'article 378 du Code pénal. Toute autre restriction serait contraire au droit du juge de détenir une information complète et serait sanctionnée par les principes généraux des droits de la défense.

(176) Ce sont, au premier chef, les tribunaux judiciaires qui ont élaboré cette jurisprudence sur le secret professionnel : pour les notaires, voir Trib. civ. Versailles, 15 novembre 1949, D. 1950.III.72 ; pour les médecins, voir Cass. crim., 13 mars 1897, D. 1897.I.233 ; Cass. crim,. mai 1947, D. 1948.J.109.

(177) Article 10 de l'ordonnance du 4 février 1959.

(178) C.E., 6 mars 1958, « Dlle Faucheux », Rec. p. 123.

(179) Cf. Plantey, « Traité de la Fonction publique », L.G.D.J., 1963, T. I, pp. 298-300. Cf. également Cour d'appel, Paris, 17 novembre 1953, J.C.P., 1954.II. 8119, note Chavanne.

c) *Les secrets fiscaux.*

668. — L'inaccessibilité aux documents confidentiels fiscaux a trouvé une confirmation jurisprudentielle éphémère au nom du principe contradictoire. Au gré des circonstances, le secret des impôts sur le revenu était ou non respecté. Le Conseil d'Etat a condamné en 1962 une pratique fréquente des agents des contributions directes qui communiquaient aux Tribunaux administratifs le montant des revenus de certaines catégories de contribuables (180). Deux arguments militaient en faveur de la collaboration des autorités fiscales et juridictionnelles : l'information complète du tribunal et l'efficacité des investigations et communications devait permettre de « comparer » les revenus réels et déclarés de catégories de contribuables assez semblables.

A l'encontre de cette méthode d'équivalence, le Conseil d'Etat a fait valoir, non pas la règle du secret des revenus, mais le principe du caractère contradictoire de la procédure. Le tribunal devait refuser la communication des pièces qui n'avaient pas été jointes au dossier dont le contribuable avait été en mesure de prendre connaissance. L'égalité des parties aux procès est ainsi pleinement respectée.

En conséquence, le secret n'a plus de valeur par lui-même et n'est pas la cause de sa non-communication à une juridiction administrative. La communication confidentielle d'un document à un seul des acteurs du duel juridictionnel est impossible parce qu'elle constituerait une atteinte au principe du caractère contradictoire de toute procédure et en conséquence, aux droits de la défense. Ceux-ci sont totalement protégés par l'obligation du juge de transmettre tout document aux parties en cause. Cette obligation est garantie par les principes généraux de l'arrêt Villes et « Société des Amis du Site de Glagny ».

B. — L'obligation du juge d'ordonner toute mesure nécessaire a la découverte de la vérité.

669. — Bien que le fardeau de la preuve incombe au requérant, le caractère inquisitorial de la procédure autorise, et même parfois, oblige le juge à imposer certaines mesures d'instruction pour mieux faire apparaître les droits respectifs des parties. Cette obligation supplémentaire imposée au juge découle de son devoir de juger (181) et rejaillit sur les droits de la défense. Il doit décider de toutes les mesures d'instruction qui s'imposent.

(180) C.E., 29 juin 1962, « Sté X... », concl. Poussière, note Tourdas, J.C.P., 1963.II.13026 ; C.E., 10 octobre 1962, « Sté X... », obs. Drago, A.J.D.A., 1963.II.156. La décision n'a plus qu'un intérêt historique. En vertu de l'article 1938-6 du C.G.I., modifié par la loi du 28 décembre 1959 (art. 90), le tribunal reçoit cependant le délibéré de tous les documents concernant les entreprises ou les personnes nommément désignées. Cette atteinte grave au principe du contradictoire trouve difficilement une justification. Cf. note Drago précitée.

(181) Voir *infra*, « Les obligations du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel », pp. 461 et s.

Les deux caractères fondamentaux de la procédure sont ici intimement réunis : le caractère inquisitoire rejoint le principe du contradictoire. Cela implique que le juge aura toujours la possibilité de rendre une décision avant dire droit, de son propre chef ou à la demande des parties, mais que la mesure envisagée sera nécessairement contradictoire. Les parties averties de la mesure envisagée par le juge pourront, sauf cas exceptionnels, y participer, et seront toujours mises à même d'en discuter les résultats.

Les incidents relatifs à la preuve sont variés dans l'instruction civile et administrative, mais la recherche de la vérité ne doit pas conduire aux excès du formalisme procédural. C'est la raison pour laquelle le juge administratif dispose de tous moyens nécessaires pour accélérer la procédure tout en respectant son caractère contradictoire et les droits de la défense. La réforme du 22 décembre 1958 a rapproché les pouvoirs du juge civil chargé de suivre la procédure de ceux de son homologue administratif, sans que les droits des parties n'en pâtissent. Les différentes mesures d'apurement, lesquelles constituent un droit et même une obligation, non plus pour les parties, mais pour le juge, peuvent être envisagées ici. Il existe deux modes d'intervention de l'organe instructeur :

— Les mesures que le juge peut prendre sur la demande des parties sans être lié par leur demande.

— Les mesures qu'il ordonne d'autorité en dehors de toute demande formulée par les parties.

Ces deux hypothèses sont vérifiées lorsque le juge ordonne des mesures d'instruction générale ou lorsqu'il entend vider certains incidents relatifs à la preuve écrite.

I. — Les mesures d'instruction générales.

670. — Ce sont essentiellement les expertises et les enquêtes. Elles sont *caractérisées par leur aspect totalement contradictoire.* Contradictoires dans la décision d'y recourir, contradictoires dans leur déroulement, contradictoires dans leur discussion. Le juge conserve la possibilité de les imposer unilatéralement si aucune des parties n'en fait la demande. La protection particulière qu'elles assurent aux droits de la défense apparaît à la fois dans la nature des deux institutions, et dans les caractères spécifiques de chacune d'entre elles.

a) *Nature de l'expertise et de l'enquête.*

671. — L'expertise et l'enquête sont décidées par un jugement avant dire droit, c'est-à-dire un acte juridictionnel entouré de certaines qualités. Si une expertise a été demandée par les parties, le juge doit se prononcer sur son utilité, sauf exception législative. Qu'elles soient une mesure incidente (182) ou une instance annexe,

(182) Dans ce cas, l'expertise sera une mesure incidente ou une instance annexe. Instance annexe, elle est un élément direct de l'instance principale et ne

ou qu'elles constituent une instance principale (183), l'enquête et l'expertise lient dans une certaine mesure le juge qui les a imposées.

b) *Caractères particuliers de l'expertise* (184).

672. — Elle est ordonnée par le juge pour résoudre des questions techniques qui échappent à sa capacité. Il se décharge alors sur des personnes compétentes en leur assignant pour mission de procéder aux constatations de fait sur lesquelles il se prononcera par la suite. La jurisprudence a rappelé à maintes reprises que ni les principes généraux de procédure ni les règles générales de procédure n'imposaient au juge de recourir à l'expertise, même sur la demande des parties.

Le législateur a dégagé des règles diverses pour l'ensemble des juridictions administratives qui s'inspirent toutes néanmoins des règles substantielles du Code de procédure civile pour les mesures analogues. Pendant longtemps, lorsqu'il statuait en premier et dernier ressort, le Conseil d'Etat s'abstenait volontairement de faire procéder à des mesures d'expertise. Depuis la réforme de 1953, il en a multiplié les applications, surtout en sa qualité de juge d'appel (185). Les Tribunaux administratifs connaissent l'expertise facultative et l'expertise obligatoire (186). Devant les autres juridictions, telles que celles des pensions ou des bénéfices de guerre, elle est normalement laissée à la complète discrétion du juge. Universellement appliquée, l'expertise

peut être demandée en dehors de l'instance principale dont elle est un élément préparatoire. Sur la nature des expertises et enquêtes. Cf. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 396, MÉJEAN, *op. cit.*, p. 110. Il faut noter que devant le C.E., l'expertise peut être prescrite soit par jugement avant dire droit de la sous-section, soit par ordonnance du Président de la sous-section.

(183) Aux termes d'une jurisprudence assez récente, l'expertise peut être l'élément unique de l'instance. Le Tribunal administratif de Caen a admis qu'elle était recevable à ce titre. Le demandeur se plaignait dans sa requête de malfaçons, et de négligences commises par une association syndicale de reconstruction et demandait qu'il soit procédé à une expertise pour constater l'existence et l'étendue du préjudice et rechercher les responsabilités encourues. Le requérant doit fournir les motifs de son intervention qui, si elle ne se repose pas sur une base sérieuse, sera rejetée. T. A. Caen, 17 décembre 1959, Dlle D... c. Association syndicale de reconstruction de Saint-lô, Cochepain et autres, note C.G., D. 1960.I.18.

(184) Cf. HEURTÉ, « De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les Tribunaux administratifs », A.J.D.A., 1955.I, pp. 37-50.

(185) C.E., 21 mai 1953, Rustat, Rec. p. 241 : expertise médicale à l'effet de rechercher l'origine d'une cicatrice, imputée à des soins médicaux défectueux ; C.E., 15 juillet 1959, Sté des Alcools du Vexin, Rec. p. 342 : expertise financière et comptable ; C.E., 12 juillet 1955, Dlle Lebreton, Rec. p. 425 : expertise médicale alors qu'il y avait déjà été procédé en première instance ; la requérante invoquait une aggravation de son état de santé.

(186) De nombreux arrêts ont affirmé le caractère obligatoire de l'expertise à la requête des parties en cas de subventions industrielles (Expertise en matière industrielle, C.E., 17 novembre 1922, Fleury, Rec. p. 640) et de dommages de travaux publics. Depuis le décret du 10 avril 1959, en matière de travaux publics, l'expertise est laissée à la discrétion du juge.

doit satisfaire à bon nombre de conditions et de qualités pour que soit pleinement assurés les droits de la défense.

673. — En premier lieu, le juge, sauf texte spécial, n'est jamais tenu de faire droit à la requête de l'une des parties d'obtenir une expertise ou toute autre mesure d'instruction. *Aucune règle générale de la procédure ne l'impose et le refus du juge ne porte pas atteinte aux droits de la défense* (187). L'évolution jurisprudentielle récente et les règles procédurales anciennes expliquent l'attitude du juge. Aucun des droits de la défense ne le met directement dans l'obligation de statuer dans un sens ou dans l'autre. Le juge prend la décision de faire recourir à une expertise après que les parties aient eu la possibilité de discuter — contradictoirement — le bien-fondé de la décision à prendre. C'est à ce prix que sont respectés les droits de la défense.

En second lieu, dans la mission qu'il confie à l'expert, le juge réclame que l'expertise soit un complément et un prolongement de l'instruction dont elle devra avoir toutes les qualités. Le Vavasseur de Précourt en donna les raisons dans des conclusions sur un arrêt Ville de Paris : « Ce principe de l'expertise contradictoire... dans « l'instruction écrite, s'impose surtout à la juridiction administrative « devant laquelle le débat oral n'a qu'une importance relativement « secondaire » (188).

674. — Enfin, le caractère contradictoire modèle les deux phases de l'expertise. Dans une première phase, l'expert doit procéder contradictoirement avec les parties en les mettant en demeure d'assister à toutes les opérations de l'expertise. Les hommes de l'art ne peuvent faire état d'une pièce qui n'aurait pas été communiquée aux parties et celles-ci peuvent formuler au cours de la procédure toutes observations qui seront consignées dans le rapport d'expertise qui en atteste le caractère contradictoire. Cette première partie de l'expertise est dite « phase extérieure » (189).

La seconde partie de l'expertise, ou « phase intérieure », est essentiellement un travail de bureau ou de recherche de laboratoire; au cours de cette phase scientifique ou technique, les experts travaillent seuls. L'expertise est « contradictoire, uniquement parce que le résultat sera ultérieurement communiqué aux parties » (190) et au juge. Pour

(187) C.E., 25 juin 1948, Brillaud, Rec. p. 292. La règle a été dégagée pour le Comité contentieux créé par la loi du 21 octobre 1940 ; compétent pour connaître des infractions à la législation sur les prix, il a disparu à la fin de la guerre.

(188) C.E., 19 juin 1885, Ville de Paris, c. Cie parisienne du Gaz, concl. Le Vasseur de Précourt, Rec. p. 445.

(189) Cf. Le Vavasseur de Précourt, concl. précitées p. 446.

(190) Concl. précitées p. 587. Les moyens d'investigation dont dispose l'expert sont très généraux et n'ont été précisés que de façon imparfaite par le juge administratif. Elle tend même à recouvrir et absorber l'enquête. La visite des lieux est souvent obligatoire et l'audition de tierces personnes laissée à la discrétion de l'expert.

bénéficier du débat contradictoire, les parties doivent accepter une coopération loyale avec l'expert et lui communiquer tous renseignements et documents utiles; faute d'y avoir satisfait pleinement, il ne seront pas recevables à critiquer le travail des experts (191). On retrouve ici l'un des traits du caractère contradictoire, qui est tissé d'obligations et de droits. La recherche de la vérité, jusque dans ses aspects matériels et non juridiques, est élaborée contradictoirement. Seules les conclusions de l'expert n'ont pas à être débattues contradictoirement entre lui et les parties. Le déroulement de l'expertise est imprégné par son origine juridictionnelle. La juridiction d'instruction se dessaisit de certaines de ses prérogatives et les confie à un homme de l'art, sous réserve pour lui d'observer et de faire respecter par les parties toutes les formes essentielles de la procédure. L'expert, comme la juridiction, devra respecter les principes du contradictoire et des droits de la défense.

c) *Caractères particuliers de l'enquête* (192).

675. — Les juridictions administratives peuvent ordonner, soit d'office, soit à la demande des parties, une enquête en dehors de tout texte les y autorisant expressément. Le jugement avant dire droit qui la prononce précise si les témoins à entendre le seront par la juridiction de jugement ou devant l'un de ses membres qui se déplacera. L'enquête fournit au juge le moyen de compléter les indications fournies par les pièces du dossier par une audition directe de ceux qui peuvent contribuer à faire la lumière sur des faits contestés. Absorbée en partie par l'expertise (193), elle a pourtant permis des principes généraux de la procédure de se développer (194).

Longtemps ignorée par le législateur, l'enquête s'est rapidement imposée à l'ensemble des juridictions en vertu des règles non écrites. Le Conseil d'Etat, qui l'a beaucoup pratiquée, l'a progressivement abandonnée (195). Le législateur a minutieusement organisé cette mesure d'instruction devant les tribunaux administratifs et les anciens conseils du contentieux (196). Devant les autres juridictions admi-

(191) Par sa seule attitude, le justiciable peut se soustraire du bénéfice des garanties juridictionnelles. Le requérant qui refuse de transmettre aux experts un acte sous seing privé réglant les conditions de cession d'une concession, perd tout droit à indemnité, même si la preuve de son préjudice est apportée par ailleurs, C.E., Sec. 20 mars 1942, Veuve Bastit, Rec. p. 92.

(192) Cf. HEURTÉ, « L'enquête devant la juridiction administrative », J.C.P., 1952.I.1037 et GABOLDE, *op. cit.*, pp. 234-240. MÉJEAN, *op. cit.*, pp. 43 et s.

(193) L'enquête est définie de la façon suivante par MM. AUBY et DRAGO : « Elle est une expertise à laquelle procède le tribunal lui-même ou l'un de ses membres dans des matières dont la technicité ne requiert pas l'appel à des hommes de l'art », *op. cit.*, n° 867.

(194) C.E., 15 mai 1937, VOUILLAUME, « Communication du résultat d'une enquête aux parties », note Mauchausse, Penant 1940, p. 35.

(195) C.E., 8 décembre 1948, Descas, p. 642.

(196) Art. 26 à 36 de la loi du 22 juillet 1889.

nistratives, l'enquête est considérée comme un moyen de preuve, simple, dépouillé de tout formalisme.

676. — *L'enquête doit satisfaire aux impératifs du caractère contradictoire de la procédure.* En règle générale, le jugement qui l'ordonne indique les faits sur lesquels elle portera. Il est également notifié aux parties qui doivent faire comparaître leurs témoins à la barre, si le juge ne se déplace pas. Les conditions de validité de l'enquête sont les mêmes que celles de l'expertise. Son caractère contradictoire doit être scrupuleusement respecté et permettre au juge et aux parties d'obtenir une information complète du témoin (197).

Le juge se départit de ses prérogatives inquisitoires pour laisser une plus grande liberté d'appréciation aux parties (198).

L'enquête doit être contradictoire jusqu'à son terme; le tribunal ne peut statuer définitivement qu'après avoir mis les parties en mesure de connaître et de discuter les résultats de l'enquête. Cette règle, qui a été dégagée par l'arrêt Vouillaume (199), participe directement du principe du caractère contradictoire de la procédure. A cet effet, le procès-verbal de l'enquête et de l'audition des témoins est déposé au greffe du tribunal où les parties y sont invitées à en prendre communication dans un délai fixé par le juge. Elles sont ainsi informées des dépositions des tiers et des témoins (200).

(197) Il appartient aux parties de citer à l'audience les témoins qui ont répondu à l'enquête et de prendre toutes mesures utiles pour les faire venir. La jurisprudnce est abondante pour les juridictions des pensions, C.E., 31 mars 1928, Deschamps, Rec. p. 512 ; C.E., 23 juillet 1929, dans Veuve Racaud, Rec. p. 796.

(198) Les juridictions administratives ne connaissent pas la catégorie des témoins reprochables. La jurisprudence du Conseil d'Etat est très libérale sur ce point. Il a accueilli à l'occasion du contentieux électoral l'audition collatérale (C.E., 6 avril 1909, Elections de Blavincourt, Rec. p. 421). Les articles 29 et 30 de la loi du 22 juillet 1889 restreignent cependant la catégorie des personnes pouvant témoigner : parents et alliés en ligne directe de l'une des parties ou de leurs conjoints ne peuvent être entendus comme témoins.

(199) C.E. Vouillaume, 19 mai 1937, Rec. p. 498.

(200) A ces deux mesures prises par le juge en collaboration avec les parties, il faut en ajouter une troisième qui s'apparente à l'enquête et à l'audition des parties au cours de la séance de jugement (voir *supra*, p. 430) : L'interrogatoire de parties. Si, théoriquement, le juge a la possibilité d'ordonner une comparution personnelle des parties, il se refuse pratiquement le droit de le faire (voir *supra*). L'article 36 de la loi de 1889 dispose que le juge « d'office ou à la demande des parties, peut ordonner que les parties « seront interrogées soit en Chambre du Conseil, soit en séance publique ». Les vœux du législateur sont restés lettre morte pour la plupart des juridictions administratives qui se refusent de forcer l'aveu de l'une des parties qui pourrait être, éventuellement l'administration. Devant les autres juridictions, la comparution personnelle des parties est assez largement pratiquée. Elle est souvent spontanée et se confond alors avec la présentation des observations orales. Sous cette forme, elle aboutit souvent à un aveu et atteint de la même façon le caractère écrit de la procédure.

Le procédé détourné par lequel on arrive à l'interrogation des parties n'a ému, ni les auteurs, ni le Conseil d'Etat qui s'en prennent uniquement à son aspect théorique par crainte de mettre en cause directement l'administration. M. Gabolde dit d'elle qu'elle « vide le principe de la procédure écrite » (*op. cit.*, p. 240) et qu'elle a reçu peu d'applications pratiques. Nous ne partageons pas

d) *Les limites de l'expertise et de l'enquête.*

676. — Un principe général de la procédure empêche que le recours à des hommes de l'art ne se traduise par un manquement du juge à sa mission juridictionnelle et à l'obligation qui est la sienne de statuer. L'article 302 nouveau du Code de procédure civile précise, *in fine*, que l'objet de l'expertise « ne pourra porter que sur des questions purement techniques » (201). Le législateur a entendu confiner dans des limites étroites les interventions des auxiliaires auxquels le juge peut recourir pour parvenir à la découverte de la vérité. Les tribunaux civils, ceux des pensions, et à un degré moindre, les juridictions administratives spéciales, ont déformé les fonctions de l'expertise à un degré tel que l'expert finit par se substituer au juge.

La résignation du juge se manifestait dans deux directions principales. En premier lieu, il avait étendu la notion de « technicité » qui justifie l'intervention de l'expert, à tous les domaines, y compris à des questions purement juridiques. En second lieu, les tribunaux ont eu tendance à reprendre intégralement dans leur jugement, œuvre de droit, les conclusions, de pur fait, de l'expert.

Le Conseil d'Etat a mis un terme à cette résignation ou défaillance du juge, en faisant appel dans un arrêt veuve Valat (202) aux principes généraux de la procédure qui régissent la compétence des tribunaux. Ceux-ci ne peuvent, sous couvert d'une expertise, « se décharger, « sur une personne qui n'avait pas qualité de magistrat, de la mission « qui incombe aux tribunaux eux-mêmes ». En l'espèce, la Cour des Pensions de Limoges avait chargé un avocat de procéder à un « com- « plément d'enquête expertise consistant à conclure dans le sens « de la preuve que la dame Valat avait à rapporter ».

La confusion entre le fait et le droit, entre les éléments techniques et juridiques, était patente. La mission assignée à l'expert était très exactement celle qui revenait au juge. Si les textes permettent aux juridictions des pensions « toutes mesures d'instruction et d'en- « quêtes qu'elles jugent utiles, (ils) ne les autorisent pas *à méconnaître les principes généraux du droit applicables à toutes les juridictions concernant la compétence* ». Cet arrêt, trop peu connu, stigmatise les pratiques regrettables des tribunaux qui oublient la fonction précise et restreinte des enquêtes et des expertises.

l'opinion de l'auteur pour deux raisons. Il n'existe pas de « principe » de la procédure écrite. Au surplus, il est concevable de concilier le caractère écrit et le caractère oral de la preuve.

(201) L'article 302 ancien (antérieur à la loi du 15 juillet 1944) prévoyait laconiquement que le jugement ordonnant expertise « énoncera clairement les objets de l'expertise ». Il était devenu indispensable au législateur de préciser le domaine des enquêtes et expertises.

(202) C.S.C.P., ministre des Anciens Combattants, c. Veuve Valat, 16 octobre 1957, Rec. p. 533. Voir *infra*, « Le devoir du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel ».

Le juge peut faire de lui-même progresser l'instance en imposant certaines mesures d'instruction.

II. — Les incidents relatifs à la preuve écrite.

677. — La liberté de la preuve devant les juridictions administratives et la prédominance du caractère écrit de la procédure (203) ont conduit le Conseil d'Etat à rechercher des solutions originales pour vérifier les inscriptions de faux et les écritures. Aucune réponse d'ensemble n'a été donnée, mais la jurisprudence consacre cependant le souci du juge administratif de se dégager des dernières emprises ou des ultimes droits de regard que le juge judiciaire avait encore sur l'organisation administrative.

L'assemblée du Conseil d'Etat a refusé de voir dans l'inscription de faux un principe général de procédure. Au surplus, elle n'a pas admis la jurisprudence judiciaire libérale sur la vérification d'écriture. Pour originale que soit la solution adoptée par le Conseil d'Etat, elle n'en est pas moins peu cohérente et insuffisante pour les juridictions spéciales devant lesquelles les droits de la défense mériteraient une meilleure protection.

a) *L'inscription de faux* (204).

678. — L'inscription de faux permet à celui qui prétend qu'une pièce signifiée ou produite en procédure, qu'un acte administratif ou qu'un jugement est faux ou falsifié, de s'inscrire en faux contre l'acte litigieux. Le Code de Procédure civile a organisé aux articles 214 et suivants une procédure de vérification. Confiée originairement par le législateur au juge civil, la procédure d'inscription de faux est désormais une procédure purement administrative pour certains actes administratifs et les actes juridictionnels. *Cette adaptation des textes généraux n'a pas pour autant donné naissance à un principe général de procédure.*

A l'origine, le juge administratif, parce qu'il n'avait rien su opposer à la solution judiciaire, renonça à sa compétence en la matière et confia au juge judiciaire le soin de trancher les incidents relatifs à la preuve écrite. Le législateur élabora une procédure spéciale de sursis à statuer « jusqu'après le jugement du faux par le tribunal compétent » (205). Le tribunal compétent n'était autre que la juridiction civile.

(203) Voir *supra*, SS II, « La hiérarchie des preuves », pp. 415 et s.

(204) Sur l'ensemble de la question, voir conclusions Jacomet, sur C.E., 4 mars 1955, Athias, R.D.P. 1955, pp. 745 et s. Note Waline sous C.E., 1er avril 1955, Delarue, R.D.P. 1955, pp. 986 et s. Debbasch, *op. cit.*, pp. 400 et s. Auby et Drago, *op. cit.*, nos 779-782.

(205) Art. 38 de la loi du 22 juillet 1889 et art. 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. L'article 60 reprend les termes essentiels 216 et 217 du Code de Procédure civile.

A la suite d'un mouvement jurisprudentiel qui revêt l'aspect d'une rébellion, s'est dessinée une procédure propre au contentieux administratif pour les actes administratifs et juridictionnels. Le signal fut donné par les arrêts Paloque et Ferrandi (206). L'incertitude la plus totale régnait auparavant sur le point de savoir si les énonciations des actes administratifs faisaient foi jusqu'à inscription de faux et s'il était nécessaire de s'inscrire en faux contre les actes déférés par voie d'excès de pouvoir au juge administratif. Le Conseil d'Etat renonce dorénavant à la valeur des actes administratifs jusqu'à inscription de faux au motif que la procédure judiciaire d'inscription de faux est contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Elle est inapplicable lorsque l'acte est déféré à la juridiction administrative pour annulation. Le juge administratif lui-même est compétent pour déterminer si l'acte argué de faux l'est ou ne l'est pas. L'acte administratif rétrograde ainsi au rang des actes qui font foi jusqu'à preuve contraire. Dans ses conclusions sur les arrêts d'Assemblée Sticotti et Athias (207), le commissaire du gouvernement Jacomet préconise l'extension de la solution précédente aux jugements.

679. — *Au plan des principes généraux de procédure, cette jurisprudence suscite deux remarques :*

Le Conseil d'Etat est décidé à recourir à la procédure judiciaire de l'inscription de faux dans la seule hypothèse où le législateur l'y contraint. Procéder autrement serait contraire au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le requérant devra apporter la preuve devant le juge administratif de la falsification du jugement ou de l'acte contesté (208). Sans revêtir les formes du faux incident de la procédure civile, l'incident administratif comporte des garanties équivalentes quant à la valeur et à la stabilité de l'acte. La procédure ainsi introduite se veut débarrasée de tout lien avec le droit judiciaire privé, mais ne peut recevoir aucune qualification propre.

C'est le deuxième élément de la jurisprudence étudiée qui pose le problème le plus important. Pourquoi le Conseil d'Etat refuse-t-il de faire de l'inscription de faux un principe général de procédure ? *Il a rejeté le faux incident judiciaire et n'a pas établi de faux incident*

(206) C.E. sect. Paloque, 5 mai 1950, Rec. p. 252. L'arrêt Paloque avait été précédé d'une décision Ferrandi du 20 février 1948, Rec. p. 88. On trouve une confirmation de ce mouvement dans l'arrêt du 30 septembre 1955, Leroux, concl. Landron, R.P.D.A., 1956, p. 81.

(207) C.E. Ass., 4 mars 1955, Dame Veuve Sticotti. Même date : Athias, concl. Jacomet, R.D.P. 1955, pp. 732 et s.

(208) Il ne s'agit cependant pas du droit commun de la charge de la preuve parce qu'il est recommandé au juge d'apporter « une certaine rigueur dans l'examen de la preuve contraire à produire contre un tel acte ». (Concl. Landron, précitées.) M. Jacomet précise que les mentions du jugement « doivent être présumées exactes jusqu'à preuve contraire. Sans doute, en l'absence de disposition qui s'y oppose, cette preuve contraire peut-elle être administrée par tous les moyens ». Seul le juge administratif est compétent pour censurer son œuvre.

administratif. Il a institué une procédure d'administration de la preuve propre au contentieux administratif et variant selon les juridictions dont émane le jugement inscrit en faux. Le Conseil d'Etat conserve pour ses décisions la procédure de l'article 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui est une inscription de faux particulière; pour les autres juridictions, toujours en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il s'estime compétent par la voie de la cassation pour redresser les inscriptions fausses contenues dans les jugements. Cette jurisprudence traduit une certaine hantise du juge administratif d'être contrôlé dans ses actes les plus matériels par l'ordre judiciaire. Il renonce aussi au développement des principes généraux de procédure. Au lieu de formuler de façon négative la règle selon laquelle l'article 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 n'est pas applicable par toutes les juridictions, il aurait pu favoriser son extension. Le meilleur juge d'une inscription de faux n'est-il pas celui à qui on la reproche ? La procédure actuelle, si elle n'est pas entièrement satisfaisante, pourrait, à la faveur de développements et de perfectionnements ultérieurs, devenir un réel principe général de procédure et protéger efficacement les droits de la défense.

b) *La vérification d'écritures.*

680. — La vérification d'écriture a pour objet de faire reconnaître en justice la véracité de l'écriture ou la signature d'une pièce. En dépit des textes qui l'organisent devant certaines juridictions administratives (209), elle demeure sans application réelle et ne peut en escompter une en raison de la procédure nouvelle d'inscription de faux (210). Il est cependant possible de reprocher au juge administratif de ne rien avoir prévu, par la voie des principes généraux de procédure, pour les juridictions administratives inférieures qui ont fréquemment à s'interroger sur la véracité des actes sous seing privé.

Aucune juridiction administrative n'a la possibilité de vérifier par elle-même une écriture ou une signature. Elle doit prononcer un sursis à statuer pour que la juridiction judiciaire tranche le litige. La solution ainsi dégagée, loin d'être contradictoire avec celle de l'inscription de faux, n'en est que corollaire pour les actes sous seing privé. En vertu du principe de la séparation des autorités invoqué par le juge administratif en matière d'inscription de faux pour les jugements et les actes administratifs, celui-ci devra renvoyer les requérants devant le juge judiciaire qui videra l'incident. A cette règle, il convient d'apporter une exception pour le Conseil d'Etat, lequel, en application de sa jurisprudence sur l'inscription de faux et con-

(209) Art. 57 de la loi de 1889 : « Le tribunal peut ordonner une vérification d'écritures par un ou plusieurs experts qu'il nomme en présence d'un des membres du tribunal qu'il a désigné à cet effet. »

(210) Voir *supra*, p. 448.

trairement au principe de séparation, serait également compétent pour vérifier l'authenticité d'un acte sous seing privé (211).

Le refus du juge administratif de dégager certains principes généraux de procédure a des conséquences discutables au plan de l'administration de la preuve et du règlement des incidents. Le juge pourrait trouver une solution générale qui permettrait à toute juridiction administrative de vider par elle-même les incidents relatifs à la preuve écrite comme le font les tribunaux judiciaires (212). Cette solution est commandée par le souci de voir respecter complètement les droits de la défense devant les juridictions spéciales.

C. — L'obligation du juge de procéder a une instruction complète.

681. — Hormis les cas où le législateur a prévu une dispense d'instruction (213), le juge ne peut mettre arbitrairement un terme à l'instruction. Les caractéristiques procédurales ont convergé pour faire de la notion de « dossier complet » ou d'« instruction complète » un concept délicat à formuler et à mettre en œuvre.

En vertu de ses pouvoirs inquisitoires, le juge ordonne l'appel au rôle des affaires et donne ainsi le signal de la clôture de l'instruction. Mais les parties, en application du principe contradictoire, échangent le nombre de mémoires qu'elles entendent. La conjonction des pouvoirs inquisitoires du juge et du caractère contradictoire de la procédure pour les parties aboutit à une collaboration du juge et des parties pour mettre un terme à l'instruction lorsque celle-ci est complète (214).

I. — La notion d'instruction complète.

682. — La notion d'instruction complète est difficilement cernable de façon positive. Il y a instruction complète lorsque les parties ont cessé de présenter, sous la direction et le contrôle du juge, des arguments et moyens utiles à leur défense.

La diligence conjointe du juge et les parties permet de réaliser dans les conditions les plus favorables une instruction complète qui sauvegarde les droits des parties et fournit au juge la possibilité de se forger une conviction. Le dialogue entre le juge et les parties, et entre les parties elles-mêmes, ne peut cesser qu'après que tous les incidents aient été vidés et les arguments échangés. Le principe a été posé solennellement par l'assemblée du Conseil d'Etat, dans

(211) Ch. Gabolde, *op. cit.*, p. 244.

(212) A la suite d'un litige portant sur la signature d'un Sieur Aboulker sur certains billets, la Cour a décidé : « qu'en matière de vérification d'écriture, les tribunaux ont la faculté de choisir le mode à employer ; qu'aucune loi ne leur interdit d'y procéder eux-mêmes à l'aide des pièces et documents du procès », Cass., 4 août 1884, D. 1885.I.210.

(213) Cf. *supra*, p. 433.

(214) Leur silence ou le dépôt des mémoires ne contenant aucun élément nouveau, sera également le signal de la clôture de l'instruction.

l'arrêt Coulon et sans cesse réaffirmé (215). Les parties peuvent échanger un nombre illimité de mémoires (216) et décider de faire clore l'instruction lorsqu'elles estiment l'instruction complète.

II. — Les sanctions de l'obligation du juge.

683. — L'obligation du juge de mener une instruction complète n'est réelle que si elle sanctionnée juridiquement. A ce propos, on peut rappeler que les parties et les juridictions supérieures contrôlent directement ou indirectement l'organe d'instruction (217).

— Les parties peuvent toujours demander à l'organe d'instruction d'agir, d'instruire efficacement l'affaire en leur demandant d'ordonner certaines mesures (communication de pièces (218), expertises, vérifications, etc.).

Le juge supérieur conserve la faculté de sanctionner une défaillance de la juridiction inférieure dont l'instruction est contestée. Si les parties n'ont pas été tenues informées d'un fait nouveau ou d'un élément utile à leur défense, l'instruction est viciée (219). Par la procédure de la mise en demeure et le rejet des mémoires surabondants, l'organe instructeur dispose lui-même de tous les moyens nécessaires pour instruire complètement l'affaire. Il peut ainsi soit exiger d'une partie la communication nécessaire à la clarté du débat (220), soit repousser une pièce inutile. Grâce à ces diverses sanctions, l'instruction soumise à la diligence du juge sera complète et respectueuse des droits du juge. Ces sanctions sont-elles efficaces et correspondent-elles à une nécessité ? Leur efficacité n'est pas toujours absolue. Leur nécessité n'est réelle que si le juge a une obligation de diriger complètement l'instruction (221) et surtout de prononcer la clôture de l'instruction.

III. — La clôture de l'instruction.

684. — La clôture de l'instruction est l'un des aspects les plus révélateurs de la procédure administrative et de l'obligation du juge de diriger une instruction complète. Devant les juridictions administratives, la clôture est, en règle générale, une mesure autoritaire de l'organe instructeur. Quand il estime l'instruction terminée, il convo-

(215) C.E., Ass., 11 mars 1955, ministre de la Guerre c. Coulon, concl. Grévisse, R.D.P. 1955, p. 995 ; C.E. Sec., 13 juin 1958, Barbier, concl. Braibant, Rec. p. 799. La jurisprudence antérieure avait déjà posé la règle ; C.E., 28 juin 1938, Sté des Ets Meunier Gogez, Rec. p. 582.

(216) C.E., 12 février 1958, Kouch, Rec. 96, voir *supra*, p. 417.

(217) Sur les limites mises au contrôle du juge supérieur, voir concl. Laurent sur C.E., 9 janvier 1957, Charmeil, A.J.D.A., 1957.II.104.

(218) Voir *supra*, pp. 407 et s.

(219) Voir *supra*, pp. 436 et s.

(220) Voir *supra* et notamment l'article 8, al. I du décret-loi du 6 septembre 1926 pour les Tribunaux administratifs, et le commentaire de J. LAPANNE-JOINVILLE, *loc. cit.*, p. 326.

(221) Voir *supra* et J. LAPANNE-JOINVILLE, *loc. cit.*, pp. 324-325.

que, de sa propre initiative, les parties à l'audience. Le juge dispose de moyens de pression, l'un indirect, les autres directs pour encourager les parties à mettre un terme à l'instruction.

685. — Le premier de ces procédés, le plus indirect, consiste pour l'organe instructeur, de ne plus transmettre aux parties les mémoires jugés « inutiles » pour une défense efficace et ne contenant plus aucun moyen nouveau. La distinction entre mémoire « utile » ou « inutile » est purement jurisprudentielle. Il est délicat pour le juge de se livrer à une telle appréciation (222). Elle est faite sous le contrôle du juge d'appel ou de cassation lorsqu'un mémoire n'est plus que la répétition de moyens déjà énoncés ou le développement d'arguments connus par les parties. Le juge cesse de transmettre les pièces nouvelles sans qu'il y ait pour autant atteinte au caractère contradictoire de l'instruction. En mettant un terme à des discussions interminables et sans conséquences sur le fond de l'affaire, le juge estime que le moment est arrivé de clore l'instruction et que son information est suffisante pour se forger une conviction.

686. — Les moyens de pression directs sont de deux ordres : la mise en demeure et l'inscription d'office de l'affaire au rôle. Leur existence est prévue par des textes spéciaux. Le Conseil d'Etat n'a pas encore pris position sur leur extension à l'ensemble des juridictions. Ils sont en effet susceptibles de porter de graves atteintes au caractère contradictoire de la procédure et ne sauraient être généralisés sans un contrôle efficace des juridictions supérieures. Par le procédé de la mise en demeure et de l'inscription de l'affaire au rôle, le juge utilise ses prérogatives inquisitoriales et réduit à néant le droit des parties de clore l'instruction. L'article 9 de la loi de 1889 tel qu'il résulte de la réforme de 1953 permet désormais aux tribunaux administratifs, à l'instar de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat (223), de mettre les parties en demeure de répondre à une ultime pièce. Lorsque la partie intéressée n'a pas fait parvenir de mémoire dans le délai qui lui avait été imparti, le greffe lui adresse une mise en demeure. Si la mise en demeure reste sans effet, le tribunal statue (224). La procédure de mise en demeure n'a pas une

(222) Cf. *supra*, pp. 414 et s. La communication de toutes les pièces utiles et la notion de document nouveau.

(223) Art. 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. La mise en demeure est adressée par le secrétaire du contentieux du Conseil d'Etat. Devant les Tribunaux administratifs, la mise en demeure est expédiée par le secrétaire greffier.

(224) Les conséquences en sont lourdes pour les parties. Si c'est le demandeur qui n'a pas obtempéré à la mise en demeure, il est réputé s'être désisté ; si c'est le défendeur, il sera réputé avoir acquiescé aux faits exposés dans le recours : C.E., 17 janvier 1951, Epoux Gérome, Rec. p. 27 ; C.E., 29 juillet 1953, Soubirou-Pouey, note S. 1954.III.24. Mais le tribunal conserve toute liberté et tout pouvoir pour apprécier les conséquences juridiques qu'il doit tirer de l'attitude de la partie défaillante. Les juridictions intéressées ont aménagé cette procédure dans un sens favorable aux parties. La mise en demeure est précédée d'un rappel spécial du délai de réponse à observer ; au surplus, si un mémoire parvient entre le

portée générale. Elle ne s'applique qu'au cas où le juge a la possibilité d'imposer des délais assez stricts aux parties. Si la procédure perd ainsi son caractère contradictoire, la faute en revient à la négligence de l'une des parties; c'est elle qui a refusé la première le bénéfice du contradictoire que lui proposait le juge.

L'appel au rôle est le second moyen de pression direct dont dispose la juridiction pour susciter la clôture de l'instruction par les parties. Toutes les juridictions laissent à leur président le soin de faire inscrire au rôle d'audience l'affaire. Le juge a ainsi un pouvoir souverain, dès lors qu'il estime le dossier complet, de mettre un terme à l'instruction. Ce droit reconnu au juge ne désarme pas les justiciables qui conservent la possibilité d'obtenir un renvoi de l'affaire à une audience ultérieure. Mais c'est en dernier ressort à l'organe instructeur qu'il appartient de décider si les recours sont en état. Ils le sont dès lors que l'administration ou son adversaire auront présenté des observations à l'issue d'échanges de mémoires pour lesquels une mise en demeure aura été adressée. On arrive au renversement du principe selon lequel l'instruction est complète et doit être close lorsque le dialogue a cessé entre les parties. On peut conclure que c'est au juge qu'il appartient de décider si l'instruction à laquelle il a procédé en collaboration avec les parties a été complète.

Conclusion du sous-titre.

687. — Les droits de la défense constituent l'une des œuvres les plus importantes du Conseil d'Etat qui, depuis cent cinquante ans, tente d'établir l'égalité entre la puissance publique et le particulier dans le duel juridictionnel. Grâce à ces droits, les personnes en cause sont protégées dans chaque élément de l'instance. Ils imposent aux juges et aux parties, en vertu des principes généraux et en dehors de tous textes précis, *le respect d'une défense et d'une argumentation libres, contradictoires et complètes.* Par eux, le Conseil d'Etat a modelé une juridiction administrative à son image en imposant à tous les organismes juridictionnels la plupart des règles qui lui étaient applicables.

La théorie des droits de la défense est originale tant par rapport aux principes généraux de procédure dans leur ensemble qu'au regard de l'instance.

688. — Les droits de la défense occupent une place essentielle dans la théorie des principes généraux de la procédure. Leur élaboration, leur application et leur structure en font des règles d'une grande souplesse.

délai fixé par la mise en demeure et la clôture effective de l'instruction, il est reçu favorablement par le tribunal qui reprend l'instruction, C.E., 16 octobre 1957, commune de Challes-les-Eaux, Rec. p. 537.

Il n'existe pas un principe général, unique et étroit, des droits de la défense, *stricto sensu*, mais un ensemble de règles non écrites dont la conjonction engendre le « principe cadre » du respect des droit de la défense. Ce principe cadre se décompose en un certain nombre de principes généraux, de règles générales de procédure et de règles non définies qui perdent tous leur autonomie pour s'intégrer au vaste principe du respect des droits de la défense. Cette structure spécifique s'explique par la longue genèse du principe. Commencée en 1824, elle n'a atteint ses formes actuelles qu'en 1961 (C.E. 12 mai 1961, « Société La Huta, Rec., p. 313). Les liens qu'ont les principes de la défense avec le droit écrit sont souvent plus ténus qu'en d'autres matières. Est-ce à dire qu'ils s'appliquent en dehors de tout texte et qu'ils comblent des « lacunes » du droit processuel (225) ? Comme toutes les règles procédurales non écrites, celles de la défense permettent l'application des textes généraux et particuliers. Mais, en ce domaine, ils étaient peu nombreux et fragmentaires. Leur généralisation à l'ensemble des juridictions par les règles non écrites a supposé une assez large adaptation qui confère aux droits de la défense une souplesse que l'on ne rencontre pas ailleurs, mais qui n'altère en rien leur caractère obligatoire.

689. — Les principes des droits de la défense ont remodelé profondément l'instance que certains caractères traditionnels de la procédure avaient figée dans un formalisme étroit. Ils ont concilié, et non opposé, le caractère écrit et le caractère oral, le caractère inquisitorial et le caractère contradictoire. L'instruction et l'audience du jugement sont devenues, sous l'impulsion autoritaire et le contrôle souple du juge, un débat contradictoire entre les parties où chaque élément de preuve favorable au justiciable peut être avancé et discuté librement.

Le principe du respect des droits de la défense a-t-il atteint un degré de maturité ou de perfection qui rendrait inutile tout développement ultérieur ? Deux séries d'imperfection nuisent à l'efficacité totale des droits de la défense. Certaines mesures protectrices (telles que les incidents relatifs à la preuve écrite) font défaut à la procédure administrative. Au surplus, certains droits, malgré l'énergique garantie du principe contradictoire, mériteraient d'être plus unanimement respectée.

Malgré cela, l'égalité la plus profonde règne grâce aux droits de la défense entre les parties, c'est-à-dire entre l'administration et le particulier, qui peuvent se prévaloir d'une information complète mise au service d'une liberté totale de l'argumentation.

(225) Voir *supra*, 1re partie : « Les règles d'élaboration des principes généraux de procédure », pp. 68 et s.

TITRE III

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A LA JURIDICTION

690. — La juridiction doit présenter un certain nombre de garanties qui auront une double fin : donner confiance au justiciable dans l'organisme qui devra dire le droit et permettre au juge supérieur de contrôler la régularité des actes émanés des juridictions qui lui sont subordonnées.

Qu'avait fait le législateur en ce domaine avant l'intervention des principes généraux de procédure ? Son œuvre laissait apparaître trois sortes de défaillance auxquelles sont venues remédier les règles non écrites :

— Le déni de justice guettait un certain nombre de juridictions inférieures; aucune contrainte suffisante n'étant exercée sur elles, elles laissaient le justiciable sans jugement ou muni d'un jugement reprochable.

— Un certain nombre de juridictions spéciales ne présentaient que des garanties assez faibles d'impartialité, leurs membres étant ordinairement des juges non professionnels.

— La composition des juridictions ne conférait aucune unité au litige. Instruite par un organe, une affaire était jugée par un organe d'une nature différente.

Chaque défaut de la juridiction n'a pas été amendé par un principe général unique. Le Conseil d'Etat a forgé progressivement un type de juridiction parfaite en lui imposant de respecter un certain nombre de règles non écrites.

Les principes généraux de procédure ont simultanément enjoint aux juges d'épuiser leur pouvoir juridictionnel, assuré l'impartialité des juridictions, et veillé à la composition des juridictions.

691. — La multiplicité des principes et règles générales de procédure peut être ramenée à trois séries de règles non écrites :

- L'obligation du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel (Chapitre I[er]).
- Les principes généraux garantissant l'impartialité de la juridiction administrative (Chapitre II).
- Les principes généraux relatifs à la composition des juridictions administratives (Chapitre III).

CHAPITRE PREMIER

L'obligation du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel.

692. — Les droits de la défense seraient vains et le droit à l'action inutile s'ils n'étaient garantis par celui d'obtenir une décision juridictionnelle. Tout dans l'organisation de la juridiction et de la procédure concourt à ce qu'un justiciable obtienne la reconnaissance de ses droits par une décision de justice (1), cette faculté étant corollaire du droit à l'action (2). Ne pas reconnaître un tel droit au justiciable dont l'aptitude à l'action en justice est, par ailleurs, incomplètement garantie (3), équivaudrait à instituer le déni de justice et l'arbitraire en principe fondamental (4). Il n'est pas de notre propos de pousser la réalité à son paradoxe, mais seulement de voir comment la jurisprudence a comblé certaines failles qui auraient permis au juge

(1) Il ne faut pas oublier qu'une juridiction ne peut être saisie que d'un litige. On ne peut saisir une juridiction pour lui faire constater que l'on remplit certaines conditions qui permettraient de bénéficier de l'application d'une législation déterminée, en l'absence de litige sur le droit à ce bénéfice, C.E., 15 juillet 1957, Faras Gregorowitz, p. 482.

(2) Voir *supra*, pp. 1-3.

(3) Voir *supra*, S. I, p. 2.

(4) Nous donnons au déni de justice un sens restreint qui ne correspond pas à la conception défendue par M. Favoreu, « Le déni de justice en droit public français », Préface de M. Waline, Th. L.G.D.J., 1964.

Pour cet auteur, le déni de justice s'analyse en un « manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu » (p. 549) et non en une défaillance ou une carence du juge (p. 535). La plupart des auteurs répugnent à recourir à l'expression de déni de justice, car elle est difficilement décelable et pratiquement à l'abri de toute sanction dans notre droit public (cf. Moreau J., note sous C.E. Ass., 11 février 1957, LAM. la décision du C.E., « n'en confirme pas moins au déni de justice », écrit l'auteur (Rev. adm. 1957, p. 137) ; voir également, M. Waline, « Notre droit répugne au déni de justice », note sous Cass. civ., 4 janvier 1954, Tarboriech, R.D.P. 1954, p. 1058.

ou de ne pas rendre de décision ou de la rendre dans les limites qu'il se serait imparties discrétionnairement.

693. — En vertu des principes de procédure, le juge a l'obligation de rendre la décision pour laquelle les parties l'ont saisi après s'être forgé une conviction à l'aide des preuves qui lui ont été soumises ou qu'il a requises au cours de l'instruction (5). L'épuisement du pouvoir juridictionnel est ainsi assuré à tous les stades de la procédure. L'obligation d'instruire, sanctionnée ou non par les jugements avant dire-droit tisse entre le juge et les parties certains liens d'instance (garantis par les droits de la défense). Mais les rapports entre les uns et les autres n'ont de raison d'être que par la décision définitive qui doit être rendue par la juridiction. Le jugement définitif est la fin en soi du procès et met un terme à la contestation (*finis controversarium*). Le lien d'instance ne disparaît que si le juge a rendu la décision définitive qu'attendent de lui les parties. La juridiction administrative n'est pas liée par l'article 5 du Code civil instituant le déni de justice au cas où le juge a refusé de remplir sa mission, et l'article 505 du Code de Procédure civile organisant une procédure de prise à partie contre les juges s'étant rendus coupables d'une telle faute (6). C'est la Cour de cassation qui a pris l'initiative de cette solution, par respect du principe de la séparation des pouvoirs (7). Pour parer les dangers qui résulteraient du déni de justice, la juridiction administrative a dégagé un principe général de procédure, assorti, le cas échéant, d'une mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique (8). Il est fait obligation au juge administratif de statuer sur toute affaire qui lui est soumise.

(5) Voir *supra*, « Les droits de la défense », pp. 432-454.

(6) Le juge judiciaire a une obligation légale d'épuiser son pouvoir juridictionnel, sanctionnée par le déni de justice dont se rend coupable le juge « qui refusera de juger ou de répondre à des requêtes ou négligera de juger les affaires en état et en cours d'être jugées » (art. 506 du Code de Procédure civile). Une procédure de prise en partie peut alors être engagée contre eux (art. 505, al. 4 du Code de Procédure civile). Voir également art. 5 du Code civil (rapporté *infra*, p. 465).

(7) Pour le jury d'honneur, Cass. Req. civ., 30 juillet 1946, note du Garreau de la Méchenie, S. 1949.I.29 ; même solution pour un Conseil Régional de l'Ordre des Médecins, Cour d'appel de Nancy, D. 1950.J.305. Voir également Rev. trim. Droit civil 1946, p. 333.

(8) Existe-t-il réellement une responsabilité de la puissance publique du fait des juridictions administratives ? Le principe paraît, au premier abord, négatif et résulte d'un arrêt Pourcelet (Req. 4-1-1952, concl. Delvolvé, D. 1952.J.304) : Le Conseil d'Etat estime que les décisions prises par une juridiction administrative (Conseil régional de l'Ordre des Médecins) « ne sont pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat ». (Voir sur ce point Ph. Ardant, « La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle », Th. L.G.D.J., 1956, pp. 166-198 et notamment pp. 187-195.) ,

Un tempérament a été porté à la rigueur de ce principe par l'arrêt Blondet (C.E., 28 novembre 1958, note Waline, R.D.P. 1959, pp. 982 et s.) : « Considérant que, si la responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des juridictions administratives est susceptible d'être engagée dans tous les cas où la faute alléguée peut être détachée de l'exercice de la fonction publique juridictionnelle, la faute imputée en l'espèce au commissaire du gouvernement, en admettant qu'elle soit

L'obligation ainsi faite au juge est non seulement une injonction d'agir, elle constitue aussi une limitation à son devoir d'intervenir. En procédure administrative, le juge dispose de pouvoirs inquisitoriaux étendus qui pourraient lui permettre de gouverner discrétionnairement l'instance. Sans la limite apportée par le principe général reconnu dans les arrêts dame Valat (9) et Balaguer (10), le juge pourrait être tenté, ou de mettre un terme prématuré à l'instance, ou de lui fixer un cadre différent de celui réclamé par les parties. La pratique du *non-lieu à statuer en l'état* et des *expertises* avaient pris des proportions alarmantes devant certaines juridictions contre lesquelles le Conseil d'Etat a estimé utile de réagir par le biais des règles non écrites.

Le principe général d'après lequel les juridictions administratives ont l'obligation de statuer (Section 1) et les conséquences qu'il engendre (Section 2) seront successivement envisagés.

Section 1

LE PRINCIPE GENERAL DE L'OBLIGATION FAITE AU JUGE DE STATUER

694. — L'organisation procédurale fait naître à la charge de la juridiction un certain nombre d'obligations. Il lui appartient notamment de statuer sur toute affaire qui lui est soumise. Si le juge agissait autrement, il n'épuiserait pas complètement son pouvoir juridictionnel et faillirait à la mission que lui a conféré le législateur.

Le principe de l'obligation de statuer évolue dans un cadre assez étroit. Il ne sanctionne que l'attitude du juge dont la carence ou la défaillance constituent une situation anormale au regard de l'organisation contentieuse (11). Le principe général étudié ici n'a pas

établie, n'est *pas détachable* de l'irrégularité qui vicierait l'arrêt rendu par la Cour de Limoges et qu'il était d'ailleurs loisible au requérant de relever à l'appui du pourvoi en cassation par lui introduit contre ledit arrêt et rejeté par une décision de la Commission spéciale de cassation des pensions en date du 4 mai 1938 ; que, par suite, ladite faute n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat. » Le principe de l'irresponsabilité juridictionnelle demeure intact ; sauf au cas d'actes détachables. Le déni de justice, dans certains cas exceptionnels, pourrait résulter d'actes détachables.

(9) C.E., 11 mai 1957, Rec. 533.

(10) C.E., 15 mai 1961, Rec. p. 334.

(11) Le principe général laisse hors de son champ d'action les hypothèses de carence ou de défaillance de l'organisation étatique et assure l'immunité à un certain nombre d'actes ou d'activités des autorités administratives. Les mesures d'ordre intérieur, les actes dits de gouvernement sont des actes injusticiables ou incontestables par nature. Ils constituent des hypothèses assez proches du déni de justice. Celui-ci est plus complètement réalisé par l'absence de juridiction compétente pour connaître de certains actes de l'exécutif. Cf. Favoreu, *op. cit.*, pp. 169-265 et *supra*, II, pp. 249 et s.

encore atteint le degré de perfectionnement reconnu à d'autres. En pleine gestation, le principe de l'obligation de statuer a bénéficié d'un double formulation complémentaire et reçoit application devant toutes les juridictions.

A. — La double formulation jurisprudentielle du principe de l'obligation faite au juge de statuer.

695. — Le principe de l'obligation de statuer a été formulé de deux façons par le juge :

— Sous l'angle des principes généraux de compétence, dans un arrêt isolé qui rappela purement et simplement au juge l'obligation qu'il a de statuer sur un litige (C.E. 16 octobre 1957, dame veuve Valat).

— Sous l'angle de l'obligation du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel, notamment en rendant une décision (C.E. 17 mai 1961, Balaguer).

I. — *L'arrêt dame veuve Valat.*

696. — L'arrêt « Ministre des Anciens Combattants contre dame veuve Valat » (C.E. 16 octobre 1957, Rec., p. 533) définit de façon brève mais explicite, les devoirs du juge saisi compétemment. Ce dernier doit, en vertu « des principes généraux du droit applicables « à toutes les juridictions concernant leur compétence », remplir sa mission et trancher le litige à lui soumis.

Il est intéressant de rappeler l'espèce qui a motivé la décision de la Commission spéciale de Cassation des Pensions. Par un arrêt du 21 octobre 1955, la Cour régionale des Pensions de Limoges avait chargé un avocat de procéder à un « complément d'enquête-expertise » consistant à « conclure dans le sens de la preuve que la dame Valat avait à rapporter ». Il n'est pas reproché à la Cour d'avoir ordonné une enquête pour compléter son information, mais de « *s'être déchargée,* sur une personne qui n'avait pas la qualité de magistrat *de la mission qui incombe au juge lui-même* ». En agissant ainsi, le juge a failli à sa fonction en rejetant sur un tiers ses obligations juridictionnelles. En effet, la Cour ne s'était pas bornée à rechercher une information objective des faits par la voie de l'expertise, mais avait en réalité chargé un tiers de découvrir une solution juridique, ce qui constitue l'objet même de l'acte juridictionnel. L'arrêt dame veuve Valat doit être interprété comme un rappel solennel adressé au juge de l'obligation qu'il a d'épuiser sa compétence par l'acte juridictionnel. L'acte juridictionnel est l'œuvre exclusive du juge qui ne peut s'y dérober sous aucun prétexte (12). Les principes géné-

(12) Nous avons vu, par ailleurs, les déformations considérables qu'ont subi les expertises qui deviennent de véritables schémas du jugement. Cf. *supra,* « Les droits de la défense », p. 447.

raux de compétence ne suffisaient-ils pas par eux-mêmes à fixer définitivement les obligations du juge ? Le principe de l'obligation de statuer a été retenu par la suite par le Conseil d'Etat sous une formulation différente dans l'arrêt Balaguer de 1961.

II. — *L'arrêt Balaguer* (13).

697. — Peut-être parce qu'il avait été rendu par une formation spéciale du Conseil d'Etat, l'arrêt dame veuve Valat tomba dans l'oubli. On revint aux solutions partielles portant non plus sur l'obligation de statuer, mais sur l'étendue des pouvoirs et des devoirs de la juridiction.

C'est alors que le Conseil d'Etat, par l'arrêt Balaguer, enjoignit aux juges administratifs d'épuiser totalement leur pouvoir juridictionnel ou, en d'autres termes, de rendre une décision de justice. La voie choisie était différente de celle de l'arrêt dame veuve Valat, mais aboutissait à un résultat identique. En effet, le principe général de procédure créé fait la synthèse de règles de procédure existantes et renforce ainsi leur application. Il perd en originalité ce qu'il gagne en rigueur.

Le litige qui a donné naissance au principe explique l'argumentation retenue par le juge.

Le sieur Balaguer, nanti d'une décision de justice inexécutée du fait de la puissance publique, demandait au Tribunal administratif de Montpellier de condamner l'Etat à réparer son préjudice. Mais le Tribunal administratif estima que la demande du requérant était insuffisamment motivée et que les justifications produites n'étaient pas « de nature à permettre à la juridiction de se prononcer en connaissance de cause sur le montant de l'indemnité » (14). Le refus de statuer en l'état (15) était caractérisé et constituait en l'espèce une défaillance véritable du juge saisi. Le Conseil d'Etat sanctionna cette attitude en décidant que le tribunal avait « *méconnu la règle « applicable, même sans texte, à toutes les juridictions de l'ordre « administratif et d'après laquelle, sauf dans le cas où un incident « de procédure y fait obstacle, lesdites juridictions ont l'obligation « d'épuiser définitivement leur pouvoir juridictionnel,* en statuant « sur toutes les conclusions présentées devant elles » (16).

(13) C.E., 17 mai 1961, Rec. 333.

(14) Le Tribunal administratif laissait implicitement au requérant la faculté de le saisir ultérieurement du même litige, en appuyant sa demande sur des justifications de nature à permettre à la juridiction de se prononcer.

(15) Voir *infra*, p. 464 : les caractéristiques du non-lieu à statuer en l'état.

(16) L'obligation faite au juge pourrait faire l'objet d'une interprétation qui doit être rejetée. Dans cette hypothèse, l'arrêt signifierait que la proposition principale commande la subordonnée : les juges épuisent leur pouvoir juridictionnel à la condition qu'ils statuent sur toutes les conclusions ; s'ils omettent de le faire, ils statuent *infra petita* et leur décision est réformable. La conjonction « en » détermine ici le sens de l'arrêt. Le Conseil d'Etat donne une recette au juge en lui indiquant *comment* il doit épuiser le pouvoir juridictionnel dont il est titu-

698. — Pour donner à cet arrêt la portée qui doit être la sienne, il est nécessaire d'analyser la situation du requérant après la décision du Tribunal administratif. Le sieur Balaguer a bien obtenu, en la forme, un jugement; mais ce jugement est un non-lieu à statuer en l'état, c'est-à-dire un refus du juge de se prononcer, une décision qu'il rend normalement après le désistement ou la disparition de l'une des parties, ou une intervention législative (17). En l'espèce, le non-lieu ne répond à aucune de ces trois situations et donne naissance à un véritable déni de justice (18) que sanctionne sévèrement les juridictions suprêmes (19). Sans renoncer à cette solution extrême, le Conseil d'Etat décide que les juridictions ont l'obligation d'épuiser définitivement leur pouvoir juridictionnel en rendant une décision de justice. Un argument de texte conforte cette interprétation. Le Conseil d'Etat décide que « *sauf dans le cas où un incident de procédure y fait obstacle* », le juge a le devoir d'épuiser définitivement son pouvoir. Il est ainsi fait opposition entre les jugements avant dire-droit que rend le juge sur les incidents de procédure et le jugement définitif. En effet, les incidents de l'instruction suspendent ou rendent parfois inutile la décision définitive. Mais au cas d'instruction débarrassée de tout incident, le juge n'épuise réellement son pouvoir juridictionnel que s'il rend un jugement définitif. S'il agit autrement, il faillit à sa mission et subit la sanction du principe général de procédure.

Plus explicite que dans l'arrêt dame veuve Valat (20), le Conseil d'Etat précise ensuite les obligations qu'engendre le principe de l'obligation de statuer. Elles sont nombreuses puisqu'elles imposent au juge de se prononcer sur tous les points de droit, de motiver la décision rendue, de respecter le cadre de l'instance fixé par les parties en accord avec le juge (21). Le point d'insertion de ces obligations multiples se situe au niveau des conclusions. Les juridictions ont à

laire. Il a l'obligation de statuer sur toutes les conclusions qui lui sont présentées. L'analyse étroite de la formule du Conseil d'Etat range cette jurisprudence dans l'arsenal des règles générales de procédure et ne mériterait pas une plus longue attention. Elle ne résiste pas à la confrontation avec l'interprétation plus large qui, loin d'isoler la formule du Conseil d'Etat, la replace au contraire dans son contexte.

(17) Ce sont les conditions limitativement énumérées par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(18) La décision était « rendue » dans un domaine assez particulier qui obéit à des contingences politiques et sociales : l'expulsion de locataire ; la puissance publique hésite parfois à exécuter la décision et renvoie le requérant à la juridiction administrative pour liquider le préjudice dont il est victime.

(19) Dans une affaire semblable, la Cour de cassation avait reconnu coupable de *déni de justice* le juge qui n'avait pas rendu de décision, Cass. civ., 4 février 1920, D. 1924.I.62. Le juge avait reconnu le bien-fondé d'une indemnité, mais l'avait rejeté au motif que les données de l'expertise ne lui permettaient pas de chiffrer avec précision le quantum du préjudice.

(20) C.E., 16 octobre 1957, Rec. p. 533.

(21) Voir *infra*, Section 2, pp. 467-474.

statuer « sur toutes les conclusions » qui leur sont soumises par les parties (22).

La démarche du juge a donc été différente dans les arrêts dame veuve Valat et Balaguer. Dans le premier cas, le principe est posé *in abstracto*, dans le second, en revanche, il découle de règles écrites partielles, antérieurement dégagées par le juge. Ces règles n'étaient-elles pas suffisantes par elles-mêmes et ne rendaient-elles pas inutile un principe général ?

B. — La raison d'être du principe.

699. — L'obligation de statuer ou, en d'autres termes, l'obligation du juge d'épuiser définitivement son pouvoir juridictionnel, est un principe général de procédure applicable à toutes les juridictions en vertu de textes fragmentaires.

Prévue et organisée par les textes précis et rigoureux devant les juridictions judiciaires (23), l'obligation décrite l'est beaucoup moins devant les juridictions administratives. C'est la raison pour laquelle elle méritait d'être sanctionnée par un principe général de procédure.

Certains textes traçaient bien le devoir du juge de résoudre les litiges à lui soumis, mais ils étaient fragmentaires et dénués de sanctions. L'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, combiné à l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 modifié (24), organisent le pouvoir juridictionnel du Conseil d'Etat et des Tribunaux administratifs au plan des compétences et non pas de la décision à rendre. Ils sont saisis pour résoudre certains litiges d'ordre administratif sans que soit précisée la portée de leur obligation. Mais cette obligation réclame-t-elle impérativement d'être assortie d'un principe général de procédure ? L'organisation juridictionnelle est si large et

(22) Voir *infra*, S. II, p. 467 : Les différentes obligations du juge. L'explication de la jurisprudence Balaguer ne peut être que celle-ci pour une raison déterminante. Depuis longtemps, le Conseil d'Etat avait constaté l'existence d'une règle générale de procédure aux termes de laquelle le juge devait statuer sur l'ensemble des conclusions (voir *infra*, p. 468). Une nouvelle règle générale de procédure, semblable sinon identique à la précédente n'était pas utile et ne constituait pas une évolution nécessaire. La règle ancienne a subi une mutation tant au plan de son étendue que de sa nature.

(23) L'article 5 du Code civil rend coupable le déni de justice, « Le juge qui refusera de juger sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Le Code de procédure civile sanctionne l'obligation du juge en organisant la procédure de prise à partie. Voir *supra*, p. 460.

(24) Art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives, il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre des décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort. »

Art. 2 du décret du 30 septembre 1953 : « Les Tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve d'appel devant le Conseil d'Etat, juges de droit commun du contentieux administratif. »

les incidents de procédure si nombreux qu'apparaissent certaines failles grâce auxquelles la juridiction saisie peut se soustraire au devoir qu'elle a de juger. Les abus constatés dans le recours à l'expertise et la procédure du non-lieu à statuer sont si importantes que le justiciable court un danger réel de n'être pas nanti de la décision de justice qu'il attend (25).

L'institution de délais d'instruction imposés à certaines juridictions spéciales a pu apparaître comme un moyen indirect de contraindre les juges à remplir leur mission. La loi du 31 mars 1919 portant création des juridictions des pensions prévoyait la fixation de l'audience de jugement dans un délai de huit jours suivant l'échec de la « tentative de conciliation des parties » (26). La désuétude dans laquelle est tombée la procédure de conciliation n'a pas permis aux délais de remplir la fonction que l'on pouvait attendre d'eux. Avant le principe de procédure, plus aucune obligation sanctionnée ne contraignait les juridictions des pensions à rendre une décision. Les juridictions spéciales transformaient les incidents de procédure en moyens dilatoires et laissaient le justiciable dans l'incertitude de sa situation juridique. Le principe général de procédure devenait alors indispensable pour prévoir et remédier au déni de justice. L'existence des textes fragmentaires constituait ainsi la condition essentielle de l'application et du développement du principe général (27).

700. — Cas unique dans la typologie des principes généraux de procédure, deux principes sont venus tour à tour préciser la règle de l'obligation de statuer. Pour expliquer cette situation, on serait tenté de voir dans l'arrêt Valat, un principe et dans l'arrêt Balaguer, une règle générale de procédure (28). Il n'en est pourtant rien. La seconde décision a les mêmes caractères que la première (29). Le principe de l'obligation de statuer avait été précédé de nombreuses règles partielles qu'imposaient au juge de rendre des décisions remplissant certaines qualités.

(25) Voir *supra*, p. 462.

(26) Art. L. 84 du Code des Pensions, commentaire *in* « Code annoté pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ». Voir Andrieu-Filliol et René Lacoste, 2e éd., 1956.

(27) Voir *supra*, 1re partie, pp. 69 et s.

(28) L'arrêt Valat (C.E., 6 octobre 1957, Rec. p. 533) avait été rendu non pas par une formation ordinaire du Conseil d'Etat, mais par la commission spéciale de cassation des Pensions.

(29) La Haute juridiction administrative dégage une règle applicable à toutes les juridictions de l'ordre administratif sans l'assortir de l'exception (plus propre aux règles générales qu'aux principes généraux), selon laquelle l'organisation de la juridiction peut empêcher sa réalisation. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a reculé devant la terminologie traditionnelle de « règle générale de procédure » et lui a préféré celle de « *règle* ». *L'obligation de statuer est donc une règle particulière, un principe général de procédure innomé* dont la consécration formelle sera l'aboutissement normal d'un développement jurisprudentielle ultérieur.

Nous savons, au surplus, que le principe dégagé par l'arrêt Balaguer permettait l'application de dispositions législatives, caractéristique du principe général et non de la règle générale de procédure.

Section 2

LES CONSEQUENCES DECOULANT DU PRINCIPE DE L'OBLIGATION FAITE AU JUGE DE STATUER

701. — L'obligation de statuer porte autant sur la néccesité de rendre une décision que sur celle de respecter la volonté des parties. Le cadre dans lequel la décision doit être rendue est fixé par les parties et s'impose au juge qui peut seulement le modifier dans certaines circonstances limitatives, sans toutefois le déformer (30). Le juge est au service des parties pour conduire l'instance à sa solution sans transgresser leur volonté. L'obligation faite au juge de statuer le lie au cadre de l'instance.

En vertu des règles et des principes généraux de procédure, le juge administratif est astreint à une double obligation :

— Statuer dans le cadre du litige (§ I) ;

— Motiver les décisions juridictionnelles (§ II).

§ 1. — L'obligation du juge de statuer dans le cadre du litige.

702. — L'obligation faite au juge de statuer dans le cadre du litige découle immédiatement du principe général contenu dans l'arrêt Balaguer (31). Elle signifie que le juge doit *statuer au vu de tous les points de droit et se prononcer sur chacun d'eux.* La seule limite qu'il connaît en ce domaine est celle fixée par les parties : l'attitude imposée ainsi au juge est une application du principe de l'*immutabilité de la demande ou de l'instance.* Le juge doit statuer sur toutes les conclusions des parties et ne peut statuer que sur elles. S'il agit autrement, il statue *infra petita* ou *ultra petita.* Dans les deux cas, le jugement qu'il rend sera vicié. Deux séries de règles générales de procédure rendent compte de ces obligations :

— Celles qui imposent au juge de statuer sur tous les points de droit (A) ;

— Celles qui contraignent le juge de respecter les termes de la demande des requérants (B).

A. — La règle d'après laquelle le juge a l'obligation de statuer sur tous les points de droit qui lui sont soumis.

703. — Il est de la fonction même du juge de trancher un litige en droit et de se prononcer sur une situation juridique dans laquelle

(30) Voir l'exception importante apportée à l'immutabilité du litige par les pouvoirs d'évocation du juge administratif d'appel. Voir *supra,* « Les principes généraux de l'appel », pp. 304 et s.

(31) C.E., 17 mai 1961, Rec. p. 333, voir *supra,* p. 463.

s'insèrent les faits. Les parties (et spécialement le demandeur) ont fixé progressivement les éléments de l'instance : objet, cause et parties. Le juge est lié par tous ces éléments de droit et doit nécessairement en tenir compte dans sa décision. Le Conseil d'Etat a constaté qu'il existait *une règle générale de procédure aux termes de laquelle l'organe juridictionnel doit « examiner tous les points de droit »* de la requête. L'omission de statuer sur l'un d'entre eux vicie la décision et constitue une violation du principe général de l'obligation du juge de statuer.

La règle de procédure a fait une entrée remarquée dans l'arsenal des règles non écrites de procédure. Au cours de la seule année 1923, la Haute Juridiction administrative l'a appliquée sept fois pour annuler des décisions rendues par une juridiction nouvellement créée, la « Commission supérieure de classement des Etablissements de luxe » (32). Elle avait pour mission de fixer la catégorie dans laquelle rentraient différents établissements commerciaux, aux fins de fixer l'imposition fiscale à laquelle ils étaient assujettis. Différentes questions peuvent être soulevées quant à la nature et la portée de la règle.

704. — L'obligation faite au juge d'examiner toutes les questions de droit n'est pas une règle de forme mais une règle de fond, différente de la motivation (33). La Commission de classement des Etablissements de luxe, qui n'a pas examiné les questions relatives à la légalité du classement d'un cercle de jeu qui remplissait par ailleurs les conditions générales justifiant sa désignation en première catégorie, a failli à la règle qui lui était assignée. En revanche, dans cette espèce, la motivation était régulière, mais la mission impartie au juge n'était pas respectée. Il n'a pas épuisé le pouvoir juridictionnel qu'il tenait de la requête des parties. Le rejet sans examen de tout moyen de droit contenu dans une requête quelconque est qualifié d'« omission de statuer » ou d'*infra petita* et constitue une violation des règles non écrites qui s'imposent à toutes les juridictions (34).

Quelle est la portée de la règle générale selon laquelle le juge doit statuer sur tous les points de droit qui lui sont soumis ? Le Conseil d'Etat ne l'a pas exprimé clairement, mais a conféré implicitement à cette règle le caractère d'ordre public en se saisissant de lui-

(32) Elle avait été créée par la loi du 25 juin 1920. Parmi les décisions rendues à son sujet en 1923, citons C.E., 5 janvier 1923, Fillassier, Rec. p. 16 ; C.E., 15 juin 1923, Secrétaire du cercle de l'Union, Rec. p. 492 ; C.E., 15 juin 1923, Epoux Mundwiller, p. 493.

(33) Il est cependant des cas assez nombreux où l'omission de statuer entraînera une motivation insuffisante, mais les deux obligations ne se recouvrent pas. La distinction importe des effets importants, car l'obligation de statuer sur tous les points de droit est une règle d'ordre public, tandis que l'insuffisance des motifs n'est pas ce caractère, C.E., Ass. 22 janvier 1943, Mauranne, Rec. p. 19.

(34) C.E., 4 mars 1924, Leder, Rec. p. 227.

même des moyens qui n'ont pas été examinés par la juridiction dont la décision lui est déférée.

En vertu des règles générales de procédure, le juge doit statuer sur chacun des points de droit qui lui sont soumis, et ne doit même, sous peine d'*ultra petita*, statuer que sur ces points de droit. Le juge ne saurait statuer sur une demande qui n'aurait pas été formulée par les parties.

B. — Le juge ne peut statuer que sur les conclusions des parties.

705. — Une juridiction ne peut, sous peine d'*ultra petita*, se prononcer sur des moyens et conclusions dont elle n'a pas été saisie par les parties ou à l'égard d'une personne qui ne serait pas en cause à l'instance (35). La règle générale de procédure affirmée par le Conseil d'Etat prévoit, en effet, que sauf dérogation législative, « le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause » (36). Elle a été dégagée en 1920, soit trois ans avant celle qui sanctionne l'*infra petita* (37). Le besoin de cette règle se faisait sentir parce que les juridictions spéciales, telle que la Commission supérieure des Bénéfices de guerre, avaient tendance à assimiler la décision juridictionnelle à une simple décision administrative.

706. — *La règle générale de procédure dégagée par le Conseil d'Etat s'identifie-t-elle à la notion jurisprudentielle d'*ultra petita *?* Sauf sur un point particulier, elle recouvre les quatre cas dans lesquels le juge aura statué *ultra petita* (38).

— La règle de l'*ultra petita* reçoit application, en premier lieu, lorsque le juge statue sur des éléments du litige qui ne correspondent pas aux conclusions des parties. La règle générale de procédure est l'expression même de cette hypothèse, soit que les parties n'aient adressé aucune demande en ce sens ou qu'elles aient déposé des conclusions dont le contenu était différent de l'interprétation qu'en fait le juge. Un juge saisi d'une demande d'indemnité pour réquisition d'immeuble ne peut annuler, pour illégalité, la réquisition (39)

(35) Voir Debbasch, *op. cit.*, p. 135 et Auby et Drago, *op. cit.*, n°° 708 et s., et I.306.

(36) C.E., 20 février 1920, Cie des produits chimiques de Saint-Fons, Rec. p. 171 ; C.E., 7 janvier 1921, Febvay, Rec. p. 14 ; C.E., 19 mai 1922, Jacob, Rec. p. 343 ; C.E., 17 novembre 1922, S.A. des Ets Monteux. Ces quatre arrêts sont rendus à l'occasion de décisions émanant de la Commission supérieure des Bénéfices de guerre. La règle générale de procédure précédente avait fait l'objet de 7 décisions de la même année annulant des jugements de la Commission supérieure de classement des Etablissements de luxe. La règle fut étendue par la suite aux commissions départementales de reconstitutions foncières, C.E., 5 décembre 1924, Legillon, Rec. p. 985.

(37) Voir *supra*, pp. 468.

(38) Cf. Auby et Drago, *op. cit.*, T. III, pp. 228-230.

(39) C.E., 19 novembre 1956, Nougaret, Rec. sommaire, p. 733 ; voir également, C.E., Sect. 17 février 1958, Sté Thorrand, observ. Fournier et Combarnous,

de l'immeuble. Il est cependant reconnu au juge le droit d'accorder à des particuliers une indenmité plus forte que le préjudice dont ils font état (40). Dans ce dernier cas, et contrairement au principe de l'immutabilité de l'instance, l'*ultra petita* n'est pas réalisée et la décision est censée être rendue conformément aux conclusions des parties, c'est-à-dire conformément à la règle générale de procédure étudiée.

— Le Conseil d'Etat sanctionne également pour *ultra petita* les jugements rendus à l'égard des personnes non parties à l'instance. En application des principes généraux de procédure, le juge ne peut en aucun cas statuer à l'égard des personnes étrangères à l'instance et qu'il aurait lui-même mises en cause (41). L'une des fonctions des conclusions est de déterminer les parties à l'instance. Si la décision fait naître des effets à l'égard des personnes qui n'ont pas été mises en cause par la requête ou les conclusions des parties, la décision sera annulée ou réformée. Dans ce cas, comme dans le suivant, il y a assimilation entre l'*ultra petita* et la règle générale de procédure.

— L'*ultra petita* trouve également application en matière de jugement avant-dire droit. Si le juge ordonne une mesure d'instruction, sur la demande des parties, mais en dehors des termes de leurs conclusions, le Conseil d'Etat estime parfois que le juge a outrepassé ses compétences juridictionnelles. Cette hypothèse constitue un cas particulier de la règle générale qui prévoit que le juge ne peut statuer que sur des conclusions des parties en cause. La nature du jugement est sans influence sur la règle.

— S'il existe une contradiction à l'intérieur de la décision considérée, il peut enfin y avoir *ultra petita*. Cette hypothèse exceptionnelle résulte notamment d'un arrêt « Syndicat des Marais des Deux-Sèvres » (42). Le Tribunal administratif avait alloué une indemnité en réparation d'un préjudice dont il ne reconnaissait pas, par ailleurs, l'existence. Le jugement aurait pu faire l'objet d'un autre recours : le recours en rectification d'erreur matérielle, en présence d'une contradiction aussi flagrante, aurait permis de réparer l'erreur. La voie choisie aboutissait, elle aussi, à la réformation de la décision, mais sur une base juridique étonnante. Les termes des conclusions ne semblaient pas être en cause. Si le Conseil d'Etat confirmait cette jurisprudence, l'*ultra petita* ne recouvrirait plus, sur ce seul point,

A.J.D.A. 1958.II.224. Le Tribunal administratif avait reconnu, en l'absence de toute demande en ce sens, à la commune requérante de droit d'exiger le remboursement par un entrepreneur de l'indemnité qu'il devait verser à un particulier.

(40) C.E., 14 octobre 1959, Préfet de police c. Dame Larteau, Rec. Tables, p. 1072. Le Tribunal peut également se prononcer conformément à des conclusions qui auraient dû être déclarées irrecevables sans qu'il y ait *ultra petita :* le juge tient compte de la demande d'indemnité qu'une partie a augmenté après l'expertise, C.E., 12 avril 1935, commune de Vibrac, Rec. p. 513.

(41) Voir *supra*, « Les conditions de l'appel », pp. 295 et s.

(42) C.E., 5 mars 1954, Rec. Tables p. 870.

la règle selon laquelle le juge ne doit se prononcer que sur les conclusions des parties.

707. — Les pouvoirs du juge sont déterminés par la demande des parties en vertu des règles générales de procédure qui lui interdisent aussi bien de statuer en deçà de leur demande qu'au-delà. La double limite ainsi apportée est, avec la règle de la motivation suffisante, la conséquence du principe général selon lequel toute juridiction doit rendre une décision. Pour que le pouvoir juridictionnel du juge soit épuisé, il faut donc que la décision présente certaines qualités.

§ 2. — L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles.

708. — A la fois règle de fond et de forme, l'obligation de motiver s'impose à toutes les juridictions en vertu des règles générales de procédure. Elle n'est pas « seulement un moyen de contrôle de la légalité interne, mais en elle-même, une garantie pour les justiciables » (43). Cette seconde qualité l'a fait souvent considérer à tort comme un élément des droits de la défense, à l'instar de l'ensemble des garanties formelles offertes aux parties en cours d'instance (44). Une motivation insuffisante ou inexistante fait encourir au jugement la cassation sans que la règle n'ait pour autant le caractère d'ordre public. La motivation recouvre l'ensemble des obligations qui s'imposent au juge et détermine les points sur lesquels il doit se prononcer. Elle est de cette façon une règle de forme qui garantit la bonne observation par le juge de son obligation de statuer. La rédaction et la présentation matérielle du jugement sont les seuls indices qui permettent au juge supérieur de déceler une défaillance au fond (45). Le principe de la motivation a facilement été reconnu

(43) Concl. Mayras sur C.E., 7 décembre 1960, Milbergue, Rec. pp. 680 et s.

(44) Voir conclusions Corneille, sur C.E., 20 juin 1913, Téry, S. 1920.III.13 : « Les droits de la défense exigent : ... 4° « que les décisions soient motivées, car l'énoncé des motifs permet à l'inculpé de voir si la sanction appliquée est étayée sur un texte ». Il faut remarquer que, pour le commissaire du gouvernement, il s'agissait d'*un principe général applicable devant toutes les juridictions administratives*, répressives et disciplinaires. La Cour de cassation belge reconnaît cette même qualité à l'obligation de motiver, Cass. civ., 9 octobre 1959, concl. de Termicourt, Pasic 1960.I.170.

(45) Les règles générales de procédure imposent certaines mentions qui doivent figurer dans les jugements. Elles se confondent en partie avec l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles, mais certaines mentions obligatoires sont sans rapport avec la motivation. Il en va ainsi des mentions relatives à la composition de la juridiction attestant de la régularité de l'organe qui a rendu un jugement. Il est nécessaire que chaque juge qui a participé au débat ait eu qualité pour le faire. Le législateur a prescrit à peine de nullité au Conseil d'Etat, aux Tribunaux administratifs, et aux juridictions des pensions de faire apparaître au jugement le nom de chacun des membres présents à l'audience et au délibéré. Ces dispositions législatives sont devenues règles générales de procédure applicables à toutes les juridictions administratives (C.E., 13 mars 1935, Platon, Rec. p. 270 ; 1er février 1946, Roux, S. 1947.3.22 ; C.E., 23 janvier 1948, Bech, S. 1949.

tandis que son étude a été longuement discutée jusqu'à ce que l'assemblée du Conseil d'Etat en règle de façon définitive la portée (46).

A. — La nécessité d'une motivation.

709. — L'obligation de motiver est inhérente à la nature des décisions rendues par les organismes juridictionnels (47). Le contrôle opéré par les juges d'appel ou de cassation n'est efficace qu'à la condition que la décision à eux soumise contienne un certain nombre d'indications, base de leur jugement. Mû par cette idée, le Conseil d'Etat n'a cessé d'indiquer à l'ensemble des juridictions administratives l'existence de cette règle non écrite d'après laquelle toute décision juridictionnelle doit être motivée. Les juridictions créées après la première guerre ont été les premières à faire l'objet de ce rappel (48). Plus récemment une série de décisions est venue confirmer la règle pour les Conseils de révision dont les décisions ont fait l'objet de nombreux pourvois en cassation (49). L'obligation de motiver n'est assortie d'aucune sanction pour les décisions du Conseil d'Etat, qui a rejeté le recours en révision fondé sur ce moyen (50).

B. — L'étendue de la motivation.

710. — L'étendue de la motivation fait partie intégrante de l'épuisement du recours juridictionnel et des formes du jugement. La motivation est la marque extérieure de l'opération intellectuelle à laquelle se livre le juge pour fonder en droit une décision. Les règles générales imposent au juge *de motiver explicitement et suffisamment tout jugement* (51). Le commissaire Mayras a retracé les directives jurisprudentielles en ce domaine. L'*imperatoria brevis* du Conseil d'Etat ayant été systématisée à l'excès par de nombreuses juridictions infé-

3.15 ; C.E., 13 avril 1951, Sarkissian, Rec. p. 185 ; C.E., 7 mai 1952, Goussu, Rec. p. 227). La mention du nom des juges implique qu'une publicité soit assurée au changement et au remplacement des juges. Cependant aucun principe général du droit n'oblige un tribunal à préciser dans ses décisions l'empêchement du juge remplacé (C.E., Sec. 14 mars 1958, Bigoin, Rec. p. 165 ; *contra* Gabolde, *op. cit.*, p. 265).

(46) C.E., 2 août 1924, Dame Paquin, Rec. p. 782.

(47) Voir conclusions Corneille précitées, S. 1920.III.13.

(48) Pour la Commission supérieure de classement des Etablissements de luxe, voir C.E., 2 août 1924, Dame Paquin, Rec. p. 782. Pour la Commission d'appel sur les professions d'Alsace-Lorraine, C.E., Ass. 1er juillet 1932, « Sté Les grands magasins du Globe », Rec. p. 721.

(49) C.E. Ass. plén., 23 décembre 1959, Gliksman, conclusions Mayras, S. 1961. J.38, note Jeanneau, D. 1961.J.256 ; C.E., 3 mars 1960, Franceschi, voir *supra* et C.E., 7 décembre 1960, Milbergue, précité, concl. Mayras, Rec. p. 680.

(50) C.E. Ass., 22 janvier 1943, Mauranne : « S'il est de règle générale que les décisions des juridictions doivent être motivées, et si celles du Conseil d'Etat sont soumises à ces règles, l'absence et l'insuffisance de motifs de ses décisions n'entrent pas dans la liste limitative des cas de révision... »

(51) La motivation est une « condition nécessaire et préalable de l'exercice du contrôle de la légalité interne », écrit M. Mayras, concl. précitées.

rieures, le contrôle du juge supérieur était devenu délicat et parfois dérisoire (52). La décision doit être motivée en fait et en droit.

711. — 1) *La motivation en fait.* — La motivation doit permettre, au juge d'appel ou de cassation, de connaître les éléments de fait sur lesquels s'est fondé le juge. C'est ainsi qu'en « s'abstenant de « relever les faits servant de soutien à leur appréciation, la commis- « sion de reconstitution des associations syndicales... n'a pas mis le « Conseil d'Etat à même d'exercer le contrôle de légalité qui lui « appartient » (53). A ce stade, la motivation variera en fonction de la technicité des faits soumis à la juridiction.

712. — 2) *La motivation en droit.* — En second lieu, la décision doit être motivée en droit. Le degré d'intensité de la motivation est également difficile, dans ce cas, à préciser. Il existe un certain « seuil de motivation » à ne pas enfreindre. L'exigence minimale se situe au niveau des textes et règles de droit appliqués. La seule lecture d'une décision juridictionnelle doit « permettre de faire apparaître sur quelle disposition législative ou réglementaire, ou sur quelle règle de droit elle est fondée » (54). La variété des recours, la nature des litiges, la diversité des pouvoirs conférés au juge font de la motivation en droit une notion très relative. Le seuil qui ne saurait être franchi est celui de la « clause de style ». Un conseil de révision ne peut se satisfaire de constater que « les intéressés ne remplissent pas les conditions législatives et réglementaires » (55) en vue de l'obtention d'un sursis d'incorporation. Outre les motifs de fait qui ont motivé la décision du Conseil de révision, le jugement doit mentionner les dispositions réglementaires précises dont il est fait application pour accorder ou refuser le bénéfice ou le renouvellement du sursis.

La motivation sera suffisante dès l'instant qu'elle permettra au juge de cassation d'exercer le contrôle dont l'étendue est fixée tant par les textes que par les exigences prétoriennes (56). La motivation du jugement permet de connaître de façon assez précise les limites

(52) Voir LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », Livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 177.

(53) C.E. Ass., 20 février 1948, Dubois, Rec. p. 67, note P.L.J., D. 1948.J.557 ; C.E., 7 juin 1957, Ets Besset, Rec. p. 394 (décision rendue pour la Commission nationale des accidents du travail) Une simple référence à l'instruction de l'affaire est parfois suffisante lorsque les faits présentent une technicité qui échappe à la connaissance du juge de cassation : C.E., 20 février 1953, Malfani, Rec. p. 89. Il s'agissait de la Commission centrale de contrôle des Banques.

(54) Conclusions Mayras précitées, sous C.E., 7 décembre 1960, Rec. p. 683.

(55) Conclusions Mayras sur l'arrêt Milbergue, précité. Le Conseil de Révision de la Côte d'Or aurait dû indiquer la situation « sommaire » de l'intéressé : âge, études poursuivies et diplômes obtenus, mention de l'article du décret du 23 mars 1960 sur la base duquel le sursis d'incorporation était demandé.

(56) Le juge a l'obligation de se prononcer sur tous les moyens soulevés, à l'exception des moyens inopérants, C.E., 25 mars 1960, Boileau, obs. Combarnous et Galabert, A.J.D.A., 1960.I.95.

du débat engagé devant la juridiction. L'étendue de la motivation est également déterminée par les obligations accessoires que connaît le juge de statuer dans le cadre du litige fixé par les parties.

En vertu des règles générales de procédure, toute décision juridictionnelle doit être motivée suffisamment et explicitement tant en fait qu'en droit pour permettre au juge supérieur d'exercer le contrôle nécessaire.

Conclusion du chapitre.

713. — L'obligation faite au juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel constitue un devoir impératif qui est sanctionné à tous les stades par une règle procédurale non écrite.

— L'obligation de statuer est garantie par un principe général de procédure qui a répondu à une double formulation (C.E. 6 octobre 1957, dame veuve Valat, et C.E. 17 mai 1961, Balaguer). Il contraint le juge à rendre une décision de justice dans toute instance engagée devant lui, sauf au cas de désistement des parties ou de non-lieu à statuer en l'état. Ce principe général est l'axe autour duquel gravitent toutes les autres obligations qu'il engendre.

— Des règles générales de procédure facilitent le contrôle du Conseil d'Etat sur les juridictions inférieures et garantissent le principe précédent. Les unes imposent au juge de statuer sur tous les points de droit qui lui sont soumis et de ne statuer que sur ces points de droit. Une autre oblige toute juridiction à motiver ses décisions tant en droit qu'en fait, suffisamment et explicitement, pour permettre, le cas échéant, le contrôle du juge supérieur.

Les règles non écrites modèlent non seulement l'œuvre de la juridiction, mais veillent également à sa composition.

CHAPITRE II

Les principes généraux assurant l'impartialité de la juridiction.

714. — Il n'existe pas de juge administratif, comparable au magistrat de l'ordre judiciaire. La justice administrative est rendue soit par des juges professionnels, soit par des juges occasionnels; les premiers sont rompus à la technique juridique et pleinement indépendants, les autres ignorent parfois complètement le droit et n'ont qu'une conception relative de l'indépendance professionnelle. Malgré cela, leur œuvre est, en toute hypothèse, revêtue de l'autorité de la chose jugée. Parce que le législateur a souvent ignoré les juges de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat a tenté d'en faire de véritables magistrats, indépendants et impartiaux.

— Un principe général prévoit le secret absolu des délibérations des juridictions. Les juridictions d'appel et le Conseil d'Etat opèrent ainsi un contrôle sur l'impartialité du juge.

— En outre, deux principes qualifiés de règles générales de procédure mettent à la disposition du justiciable deux procédures d'éloignement du juge ou de la juridiction suspects de partialité. La récusation et le renvoi pour cause de suspicion légitime contraignent le juge ou la juridiction partiale de se dessaisir de l'affaire avant le jugement. Le maniement lourd de ces deux procédures laisse entrevoir une insuffisance que pourraient combler les principes généraux de procédure.

Le droit positif ne pare pas toutes les hypothèses où l'honnêteté professionnelle du juge est susceptible d'être mise en défaut. En effet, le justiciable ne peut apporter après l'instance d'autre preuve de la défaillance de la probité du juge, que celle d'une violation du secret des délibérés. Cependant, son impartialité peut, en cours d'instance, s'étendre à d'autres domaines. Elle est néanmoins assez fortement garantie par :

— les procédures de récusation ou de renvoi pour cause de suspicion légitime (Section I),

— le principe du secret des délibérations (Section II).

Section I

LES PROCEDURES DE RECUSATION ET LE RENVOI POUR CAUSE DE SUSPICION LEGITIME

715. — Le juge n'est pas seulement un agent public, il est aussi un homme lié au monde extérieur par les relations d'amitié, d'intérêt ou d'hostilité. La juridiction administrative a compris, en dehors de toute volonté extérieure qui le lui aurait imposé, que ses membres pouvaient être sujets à des faiblesses et rendre une justice peu sereine. Prévus constitutionnellement en 1804, le renvoi et la récusation n'ont reçu une application immédiate que devant les juridictions judiciaires. Le juge administratif a vu dans ces deux procédures des règles non écrites. Il a accepté rapidement la récusation d'un membre suspect de la juridiction, mais il a attendu l'année 1957 pour admettre que l'impartialité de toute une juridiction pût être mise en doute.

Malgré leur qualificatif de règles générales de procédure, la récusation et le renvoi pour cause de suspicion légitime répondent parfaitement *au critère retenu du principe général de procédure* (1). L'arrêt Vernon (2) a conféré une valeur législative à la récusation et il serait douteux qu'un simple acte réglementaire pût anéantir une garantie aussi fondamentale pour le justiciable. Le principe de la récusation et celui du renvoi pour cause de suspicion légitime seront envisagés successivement.

§ 1. — Le principe général de la récusation des juges administratifs (3).

716. — La récusation est une « institution en vertu de laquelle « un plaideur entend faire écarter du tribunal pour le jugement de « son affaire l'un ou plusieurs des juges qui pourront manquer d'im« partialité » (4). L'existence de cette procédure garantit l'indépen-

(1) Cf. *supra*, 1re partie, pp. 191 et s.

(2) C.E., 4 février 1944, concl. Chenot, R.D.P. 1944, pp. 176 et s., note de Soto, Penant 1947, pp. 35 et s. Voir *supra*, « Le double degré de juridiction », pp. 279 et s.

(3) Cf. Heurté, « La récusation des juges administratifs », J.C.P., 1964, Doc. 18, p. 24, Auby et Drago, *op. cit.*, pp. 965 et s.

(4) Solus et Perrot, *op. cit.*, T. I, p. 675.

dance et l'impartialité des juges administratifs à l'occasion d'une affaire déterminée.

En l'absence de tout texte exprès, et sur la base des articles 378 et suiv. du Code de Procédure civile, le Conseil d'Etat constate l'existence d'une règle générale de procédure qui s'impose à toutes les juridictions, quels que soient les membres qui la composent. Cette règle, souscrivant à toutes les caractéristiques du principe général de procédure, doit en recevoir la qualification.

Le principe applicable aux juridictions est assez comparable à celui dont relèvent les juridictions disciplinaires et les commissions administratives. Pour écarter les membres suspects de partialité qui les composent, on leur oppose le principe général de la « neutralité du service public » (5) encore plus souple que celui connu en procédure contentieuse. Parce que la récusation peut devenir une arme dangereuse entre les mains de plaideurs mal intentionnés, le Conseil d'Etat a progressivement écarté l'article 378 du Code de Procédure civile, pour adapter l'institution à la juridiction administrative :

— La récusation du juge administratif existe en dehors de tout texte précis (A).

— On enregistre une double procédure de la récusation (B).

— Les cas de récusation (C) sont désormais très différents de ceux de l'article 378 du Code de Procédure civile.

A. — La récusation en dehors de tout texte précis.

717. — Dans l'analyse qu'il fait de l'évolution de la récusation, M. Heurté met l'accent sur la pauvreté des textes en la matière et sur le développement d'une notion propre au droit administratif. Jusqu'au décret du 5 août 1881, l'existence de la récusation du juge administratif fut admise, soit en vertu, soit en dehors des articles 378 et suiv. du Code de Procédure civile (6) ; l'arrêt Desreumeaux (7) donne à l'institution ses contours nouveaux en l'éloignant définitivement de la procédure civile. Il est désormais admis qu'une demande de récusation soit formulée à l'encontre de deux juges administratifs membres de la même juridiction alors qu'ils étaient unis par un lien

(5) C.E., 19 novembre 1958, Butori, concl. A Bernard, A.J.D.A., II.450. Un inspecteur des contributions peut siéger dans la commission départementale qui examine une affaire dont il a eu à connaître « la commission *dont s'agit n'ayant pas le caractère juridictionnel, les principes généraux du droit n'imposent nullement son remplacement* », C.E., 11 août 1956, Sieur X..., Rec. p. 318. Voir également C.E., 29 avril 1949, Bourdeaux, Rec. p. 188.

(6) Dans l'arrêt du 28 juin 1852, « Cie du Canal de Beaucaire », Rec. p. 271, le Conseil d'Etat fait une référence expresse à l'article 378. En revanche, il est passé sous silence dans la décision « Ville de Montpellier », C.E., 11 août 1864, Rec. p. 767. On trouve des applications de la récusation déjà 30 ans auparavant : C.E., 25 avril 1833, « Ministre de l'Intérieur et Despeaux », Rec. p. 220.

(7) C.E., 13 mars 1925, Rec. p. 262, M. Heurté conteste que l'arrêt reste dans le cadre de la récusation en raison de la procédure suivie.

de parenté très proche. Or, la longue énumération des cas de récusation faite par le Code de Procédure ne mentionnait pas les liens de famille des magistrats. L'arrêt Ducos (8) étend la règle générale qui revêt toutes les allures d'un principe à l'ensemble des juridictions. La généralité du principe ne souffre pas d'exception. Dans le silence des textes, une demande de récusation est recevable même contre un membre du Conseil d'Etat (9). Au surplus, peu importe la fonction occupée par le juge au sein de la juridiction. Enfin, la récusation du juge touche aussi bien les juges professionnels qu'occasionnels (10). Il est intéressant de noter que la position du Conseil d'Etat belge est un peu différente de celle de son homologue français. Il estime que les articles 378 et 380 du Code de Procédure « *traduisent un principe général du droit* régissant toute administration de la justice ».

La fonction de la récusation a été rappelée aux organismes juridictionnels d'épuration créés à la suite des hostilités. Elle doit préserver complètement l'impartialité de la justice. Les membres d'une juridiction (le jury d'honneur) ne doivent pas siéger si un souçon de passion ou d'animosité à l'égard d'un justiciable peut leur être reproché (11).

B. — Les procédures de récusation des juges.

718. — La procédure administrative de récusation présente une caractéristique ignorée de la procédure civile en revêtant une forme normale et une forme exceptionnelle. Il existe une procédure de récusation *stricto sensu*, dont est saisie la juridiction du jugement : c'est la récusation préventive des juges administratifs. A cette procédure normale se substitue progressivement une « récusation réparatrice » soumise au juge d'appel ou de cassation.

1) *La procédure normale de récusation.*

719.— Dans sa forme classique, la demande de récusation, qui est un droit pour le plaideur, fait naître un incident de procédure. Par sa requête, le demandeur désigne le ou les juges reprochés et développe, par voie de conclusions, les intérêts menacés par leur présence (12). La requête est adressée à la juridiction à laquelle appartient le juge visé. Elle suspend l'instance principale et s'analyse en une demande annexe sur laquelle le juge se prononce par un juge-

(8) C.E., Sec. 24 juillet 1934, Ducos, Rec. p. 882.

(9) C.E., 2 mars 1962, Maréchal, R.D.P., 1962.787.

(10) La récusation ne fut cependant pas étendue aux organismes administratifs devant lesquels elle ne se présume pas, C.E. Ass., 19 novembre 1958, Butori, concl. Bernard, A.J.D.A., 1958.II.450 et s. Mais devant eux s'appliquent le principe général de la neutralité du service public, voir *supra*, p. 477.

(11) C.E. Ass., 26 juillet 1947, Reibel, Rec. p. 356 ; C.E., 20 mars 1962, Etat belge contre Gysels, 9257, cité par W. J. Ganshof Van Den Meersch, Mélanges J. Dabin, précités, T. 2, p. 591.

(12) Cf. Maréchal, déjà cité.

ment avant-dire droit. La décision du juge peut toujours faire l'objet, depuis l'arrêt Vernon (13), d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (14). L'exception de récusation ne peut être soulevée pour la première fois, ni en appel, ni en cassation. Dans sa forme normale, la récusation n'est qu'un *incident de procédure.*

2) *La récusation, moyen d'annulation d'une décision rendue par une juridiction composée irrégulièrement : l'arrêt Desreumaux.*

720. — La « récusation » peut constituer non pas une demande annexe adressée en cours d'instance à la juridiction qui devrait normalement se prononcer, mais un moyen d'annulation soumis à la juridiction de contrôle. C'est dans ce sens qu'il convient d'interpréter l'arrêt Desreumaux (15) et certaines décisions récentes qui confirment la doctrine de cet arrêt (16). En rejetant cette forme de récusation, M. Heurté n'explique pas son existence en droit positif et la préférence que le juge administratif lui accorde par rapport à la procédure normale de récusation.

La règle posée par l'arrêt Desreumaux doit, au contraire, s'intégrer dans la récusation parce que son domaine d'application est celui de la récusation; seule varie la procédure de mise en œuvre. Dans l'espèce étudiée, le Conseil d'Etat avait à statuer, par voie d'appel, sur la régularité d'un jugement du Conseil de Préfecture rendu dans une séance où siégeaient deux parents à degré de frères. La volonté du juge de ne pas rompre avec le principe de la récusation, mais d'appliquer une procédure nouvelle apparaît dans l'arrêt Desreumaux de deux manières :

— L'arrêt contient un rappel des « principes et règles » selon lesquels « deux parents du degré de frères ne peuvent être simultanément membres d'un même tribunal », hypothèse classique de la récusation administrative (17).

— Le Conseil d'Etat constate ensuite « qu'aucune disposition « législative n'apporte de dérogation au principe sus-rappelé, dont « l'application ne rencontre aucun obstacle dans les conditions éta- « blies pour l'organisation et le fonctionnement des Conseils de Pré- « fecture; que, dès lors, si les parties, par un pourvoi formé dans « les délais légaux, relèvent une semblable irrégularité dans un juge- « ment du Conseil de Préfecture, elles sont fondées à demander au

(13) C.E. Ass., 4 février 1944, concl. Chénot, précité, pp. 121 et s.

(14) Gabolde, *op. cit.*, p. 260 ; et C.E. Ass., 26 juillet 1947, Reibel, Rec. p. 356.

(15) C.E., 13 mars 1925, Rec. p. 262.

(16) C.E. Sec., 20 juin 1958, Louis, Rec. p. 369 et, dans une certaine mesure, C.E., 6 mars 1959, « Ass. syndicale des grandes pharmacies de la région de Paris », A.J.D.A., 1960.II.27 ; C.E., 21 décembre 1962, commune d'Ollioules, Rec. Tables, p. 1072 ; C.E., 21 octobre 1966, Sté des Mines de Sentein, obs. Lecat et Massot, A.J.D.A., 1966, p. 608.

(17) Voir *infra*, p. 48.

« Conseil d'Etat d'en prononcer l'annulation ». Le vice de forme n'est pas couvert par une omission du requérant qui aurait négligé de saisir la juridiction intéressée de conclusions aux fins de récusation de l'un de ses membres. La juridiction avait l'obligation de procéder elle-même « avec discrétion » à la récusation du membre reproché. Si elle ne l'a pas fait d'office, et si le justiciable ne lui a pas adressé la demande par voie d'incident, il ne doit pas pour autant être désarmé.

721. — *Deux conséquences découlent de la jurisprudence Desreumeaux :*

Le recours successif aux deux procédures de récusation apparaît possible. Le principe de l'arrêt Desreumeaux permet au justiciable de rétablir son omission devant les juges d'appel ou de cassation.

Les moyens d'annulation du jugement pour composition irrégulière de la juridiction sont ceux de la récusation (18).

La jurisprudence Desreumeaux (C.E. 13 mars 1925) est donc un artifice procédural destiné à garantir l'indépendance des juridictions administratives selon deux procédures distinctes.

C. — Les cas de récusation d'un juge administratif.

722. — Bien que le Conseil d'Etat ait parfois fait une référence expresse aux articles 378 et 379 du Code de Procédure civile (19), le champ d'application de la récusation du juge administratif présente une autonomie certaine. M. Heurté explique le rétrécissement et la limitation de la récusation administrative par rapport à l'article 378 par les nécessités d'organisation et de fonctionnement des juridictions administratives (20).

La récusation peut être prononcée par le juge « dès lors que « l'intéressé a suffisamment établi la partialité à son endroit, de

(18) Les règles relatives au « remplacement » des juges dont la présence eût entraînée une composition irrégulière de la juridiction, sont ici les hypothèses de la récusation, C.E. Sec., 29 mars 1949, sieur Bourdeaux, Rec. p. 188 : « *Les principes généraux du droit faisaient obstacle à ce que le sieur Spoiru eût à se prononcer sur les faits qu'il avait lui-même dénoncés.* » Cf. également, C.E., 12 novembre 1926, Sté Dickson, Walrave et Cie, Rec. p. 963 ; C.E., 13 février 1953, Sté industrielle de produits chimiques Bozel-Malétra, Rec. p. 63.

(19) C.E., 14 juin 1938, Sté maritime et fluviale Agis-Garçin et Cie, Rec. p. 392. Voir également jurisprudence antérieure note 2, p. 469.

(20) Les juridictions coloniales, celles des pensions et les organismes professionnels ont souvent mis en échec les données classiques de la récusation. La pénurie des cadres administratifs, dans le premier cas, la technicité des litiges dans les deux autres, ont conduit le législateur et le juge à admettre qu'un individu connût d'une même affaire dans ses fonctions administratives ou professionnelles et dans l'exercice de ses fonctions contentieuses. Pour les Conseils du Contentieux (art. 69, al. 2, du décret de 1881) : voir C.E., 27 juillet 1923, Héritiers Lacaze, Rec. p. 619 et C.E. Sec., 4 février 1944, Vernon, R.D.P., 1944, pp. 176 et s., déjà cité. Voir *supra,* Les principes du double degré de juridiction.

« celui dont il demande l'éloignement » (21). Ce cadre général permet d'insérer les trois chefs principaux de récusation quelle que soit la procédure utilisée pour les dénoncer :

— L'existence d'un lien de parenté entre le juge et le plaideur (22).

— La connaissance par un juge d'une affaire qui lui a déjà été soumise. Le fait que la justice administrative ne forme pas un corps monolithique a donné naissance à des solutions nuancées. Si le juge a connu de l'affaire en une autre qualité que celle de juge, son impartialité peut être mise en cause. S'il a connu l'affaire à l'occasion d'une instance juridictionnelle précédente, il peut également faire l'objet d'une demande de récusation. La juridiction de renvoi après cassation peut, cependant, être celle-là même dont la décision a fait l'objet du pourvoi.

— L'impartialité du juge est enfin mise en doute du fait de ses activités antérieures. C'est un cas particulier d'une hypothèse précédemment relevée. Le juge qui est à l'origine de la poursuite par dénonciation (23) ou tout autrement, ne peut faire partie de la juridiction de jugement. Un juge perd également l'indépendance requise s'il a pris publiquement parti sur la situation de l'intéressé avant la séance de jugement (24).

Le domaine de la récusation est assez restreint et ne répond qu'imparfaitement aux caractéristiques des principes généraux de procédure qui l'avaient étendu à toutes les juridictions administratives.

§ 2. — Le renvoi pour cause de suspicion légitime.

723. — Le renvoi pour cause de suspicion légitime est un nouveau venu dans la procédure administrative. Grâce à lui, « tout justiciable « est recevable à demander à la juridiction immédiatement supé- « rieure, qu'une affaire dont est saisie la juridiction compétente soit « renvoyée devant une autre juridiction du même ordre au motif « que, pour des causes dont il appartient à l'intéressé de justifier, « le tribunal compétent est suspect de partialité » (25). La préven-

(21) Conclusions A. Bernard, précitées. Cette définition doit être assortie d'une explication qui pourrait éventuellement en atténuer la portée pour une double raison ; elle s'applique, en premier lieu, aux organismes administratifs non juridictionnels qui prévoient l'existence de la récusation. En second lieu, elle est applicable en cas de silence du législateur sur les cas de récusation.

(22) Cf. *supra*, p. 479, C.E., 13 mai 1925, Desreumeaux, Rec. p. 262.

(23) C.E. Sec., 2 mars 1956, Berson et Mouillard, Rec. p. 104.

(24) C.E. Sec., 18 février 1949, Viet, Rec. p. 84. Il faut noter que la section d'épuration du Conseil supérieur de l'ordre des architectes n'était pas une véritable juridiction. Le principe serait le même pour toute juridiction administrative.

(25) C'est la définition la plus complète donnée par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un arrêt « Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés », C.E., 8 janvier 1959, note Debrasin, D. 1960.J.42.

tion du justiciable contre une juridiction en son entier mérite d'être prise en considération et de faire naître une institution protectrice.

A. — L'histoire du renvoi pour cause de suspicion légitime.

724. — C'est avec un certain retard que le Conseil d'Etat a pris conscience de problèmes engendrés par le développement des juridictions spéciales et a admis parmi les règles non écrites, le renvoi pour cause de suspicion légitime. Alors que la récusation avait acquis droit de cité devant les juridictions administratives dès 1833 (26), notamment sur la base de l'article 378 du Code de Procédure, le juge administratif repoussait la récusation pour cause de suspicion légitime comme étant une institution judiciaire non transposable dans le contentieux administratif. Un juge pouvait être accusé de partialité, une juridiction ne pouvait être entachée du même vice (27) ! En 1957, le Conseil d'Etat renonça enfin à cette incohérence en accueillant une demande de renvoi qui avait été repoussée par le Conseil national de l'Ordre des Médecins. Il ne l'analysa cependant pas comme telle, mais plutôt comme une addition de demandes de récusations individuelles (28). L'indépendance par rapport au droit judiciaire était ainsi réaffirmée. Deux ans plus tard, en 1959, le renvoi devient enfin une règle non écrite, applicable à toutes les juridictions dont l'organisation le permet (29).

B. — La mise en œuvre du renvoi pour cause de suspicion légitime.

725. — La mise en œuvre du renvoi soulève des difficultés particulières en raison de l'organisation juridictionnelle et de la nouveauté qu'il constitue en procédure administrative. Le renvoi implique que la juridiction ne soit pas unique et qu'il existe une juridiction de même nature à laquelle l'affaire puisse être renvoyée.

726. — L'arrêt Nemegyei (C.E. 3 mai 1957) (30) envisagea l'incompatibilité du renvoi collectif avec l'organisation des juridictions

(26) Cf. *supra*, p. 469. C.E., 25 avril 1833, Rec. p. 220.

(27) L'arrêt Muratore du 30 juillet 1902 (Rec. p. 587) repousse le renvoi de la façon suivante : La demande de renvoi pour cause de suspicion peut s'analyser comme une dérogation à la compétence *ratione loci*, parce qu'elle entraîne le dessaisissement d'une juridiction au profit d'une autre géographiquement différente. Si en droit judiciaire la compétence *ratione loci* n'a pas de caractère d'ordre public, en droit administratif, l'ordre public des règles de compétence est affirmé ; en conséquence toute dérogation est interdite.

(28) (30) C.E. Sec., 3 mai 1957, Nemegyei, Rec. p. 279. Le Conseil d'Etat assortit le bien-fondé du recours d'une réserve. Cette procédure ne peut s'exercer que « s'il existe une autre juridiction de même nature à laquelle le requérant puisse, le cas échéant, être envoyé ». Cf. également, C.E., 12 mai 1958, Demaret, Rec. p. 272.

(29) C.E., 8 janvier 1959 : « Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables », D. 1960.J.42.

qui sont les seules de leur ordre. Ce sont les juridictions souveraines et les juridictions à compétence territoriale nationale. Dans la première catégorie rentre le Conseil d'Etat. La seconde est constituée par toutes les juridictions professionnelles (le Conseil national de l'Ordre des Médecins, le Conseil national des experts-comptables, etc.) dans leurs fonctions disciplinaires et juridictionnelles et de toutes les commissions nationales spécialisées telles que la Commission des conflits d'affiliation de la Sécurité sociale (31). La procédure de renvoi ne peut être exercée que « s'il existe une autre juridiction de « même nature, à laquelle le requérant puisse, le cas échéant, être « renvoyé » (32).

727. — Les conditions d'admission du renvoi sont encore incomplètement définies. Sont-elles les mêmes que celles de la récusation (33) ? Une juridiction peut faire l'objet d'une procédure de renvoi si elle est suspecte de « pârtialité » (34). La juridiction saisie de la demande de renvoi pourra apprécier sous le contrôle du Conseil d'Etat si les fait allégués constituent ou non un cas de partialité. Il entre dans cette notion des éléments plus subjectifs que ceux qui ouvrent droit à une demande de récusation, mais la charge de la preuve y est plus malaisée car elle vise, non plus un seul homme, mais une juridiction en son entier que l'ordre social aura tendance à protéger.

Les deux procédures de récusation et de renvoi sont une garantie offerte au plaideur dont la valeur et la portée sont difficilement calculables. D'un maniement malaisé pour les justiciables, elles constituent cependant entre ses mains une arme non négligeable. Elles persuadent les juges, le cas échéant, de ne pas se départir de leur impartialité. Celle-ci est également garantie par l'obligation faite au juge de conserver le secret des délibérés qui aboutissent au jugement d'une affaire.

Section 2

LE PRINCIPE DU SECRET DES DELIBERATIONS

728. — Les intérêts des justiciables et l'indépendance de la juridiction de jugement militent impérativement en faveur de la plus grande discrétion des juges. Les débats qui entourent le sens et la rédaction du jugement ont toujours été l'objet de précautions.

(31) Cf. *supra*, 1re partie, pp. 20 et s.

(32) C.E., Nemegyei déjà cité. Signalons que le renvoi est une des rares règles de procédure qui soit limitée par des raisons d'organisation et pour laquelle l'expression « si elle n'est pas incompatible avec leur organisation » n'est pas vide de sens. Voir *supra*, 1re partie, Ch. 3, S. 2, pp. 193 et s.

(33) Voir *supra*, pp. 480-481.

Une décision de justice est prise de deux façons : ou elle est rendue sur le siège à l'issue de la séance de jugement de l'affaire, après une courte consultation entre le président et ses assesseurs; ou le jugement n'est rendu qu'à l'issue d'un certain délai au cours duquel les juges ont tenu une audience de délibéré. C'est dans cette seconde situation que les risques de partialité, voire même de corruption, sont les plus grands. Avant de devenir un principe général de procédure, le secret des délibérés a eu une base constitutionnelle qui le rendait applicable aux juridictions des deux ordres. Après les déboires des délibérations révolutionnaires publiques (35), le constituant de l'An IV (36) revint au principe traditionnel du secret des délibérés qu'aucun texte n'a réglementé par la suite. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat en imposent le respect aux juridictions qui leur sont subordonnées.

729. — Dans un arrêt Légillon de 1922 (37), le Conseil d'Etat a rappelé la règle à une humble juridiction qui avait mentionné dans son jugement qu'elle avait rendu sa décision à l'unanimité, « révélant ainsi l'opinion individuelle de chacun de ses membres ». Le caractère fondamental du secret des délibérations dans les assemblées juridictionnelles est transcrit dans la formule solennelle à laquelle recourt le Conseil d'Etat pour le qualifier : il est un *principe général du droit public français.* C'est l'une des premières fois que la Haute Assemblée administrative qualifiait de la sorte une règle procédurale. Elle s'impose pour une double raison : « le principe « a pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale « de leurs décisions ».

730. — *Contenu du principe du secret des délibérés.* — La jurisprudence administrative, sur le contenu même du principe relatif au secret des délibérés, est assez pauvre. Les investigations ont été conduites dans deux directions distinctes.

1. Le principe sanctionne, en premier lieu, l'erreur relevée dans l'arrêt Légillon : le nombre de voix par lequel a été obtenue la décision ne doit transpirer d'aucune façon dans la rédaction d'un jugement. Cette règle, assez formelle, ne vaut que pour les organismes purement juridictionnels (38).

2. Le secret des délibérés n'est respecté, en second lieu, que si aucune personne étrangère à la juridiction n'a participé au délibéré. La présence, purement physique, d'un greffier ou d'un secrétaire ne porte pas atteinte au principe « dès lors que cette présence n'est

(34) V. C.E., 8 janvier 1959 : « Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables », note Debbasch, D. 1960.J.42.

(35) Décret du 26 juin 1793.

(36) Article 208 de la Constitution de l'An IV.

(37) C.E., 17 novembre 1922, Legillon, Rec. p. 849 ; C.E., 25 juillet 1930, Simon, Rec. p. 877.

(38) C.E., 27 décembre 1947, Dame Pinelli, Rec. p. 498.

« pas de nature à mettre en cause l'*impartialité* de l'organisme consi-« déré et que l'intéressé est légalement tenu au respect du secret du délibéré » (39). En tout hypothèse, la présence d'un commissaire du gouvernement est licite. N'est-ce pas une règle discutable, dans la mesure où ce personnage est parfois un agent proche de l'administration active dont la présence peut détruire la neutralité et l'équilibre qu'impose le débat juridictionnel ?

Par les cas de violation qu'elle retient, la jurisprudence a fait du secret des délibérations une garantie assez formelle dont l'intérêt reste mineur. La difficulté de rapporter la preuve d'une violation du secret et les conséquences lourdes qu'entraîne sur les juges une dénonciation hasardeuse expliquent la rareté et le formalisme jurisprudentiel. Mais il existe un décalage regrettable entre l'éminente valeur juridique conférée à l'institution et le contrôle pratique auquel se livre le Conseil d'Etat pour faire respecter le principe du secret des délibérations. Le « jugement des pairs » réalisé par certaines juridictions spécialisées mériterait une suspicion plus grande du juge supérieur.

Conclusion du chapitre.

731. — Les principes généraux de la procédure ont-ils garanti totalement l'impartialité des juridictions administratives ? Aucune règle juridique ne peut avoir cette ambition, la solution se situant moins au niveau des textes que dans la mentalité du juge. Le Conseil d'Etat a néanmoins tenté, parfois trop timidement, de transformer les multiples organismes juridictionels en tribunaux indépendants. La récusation et le renvoi pour suspicion légitime, en organisant l'éloignement du juge ou de la juridiction reprochés, permettent au justiciable de collaborer directement, sous le contrôle des principes généraux de procédure, à la protection de l'impartialité juridictionnelle. Le principe du secret des délibérés touche moins la neutralité du personnel des juridictions que l'impartialité de leur travail.

Malgré les perfectionnements dont bénéficient, en vertu des principes généraux, les procédures de récusation (C.E. 13 mars 1925, Desreumeaux) et de renvoi pour cause de suspicion légitime (C.E. 3 mai 1957, Nemegyei), la notion d'impartialité requise du juge administratif demeure très vague pour ne pas dire superficielle. En ce domaine, l'œuvre des règles non écrites de procédure n'est pas achevée.

(39) Conclusions Braibant, sur C.E., Sec. 15 octobre 1954, « Sté Financière de France », A.J.D.A., 1954.II.463. Des représentants de l'Administration peuvent siéger avec voix consultative au sein du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens, lorsque celui-ci statue en matière disciplinaire. Leur présence ne compromet pas « la règle du secret du délibéré qui s'impose à toute juridiction », C.E., 16 octobre 1957, Gopée, Rec. p. 534.

CHAPITRE III

Les principes généraux de procédure relatifs à la composition des juridictions administratives (1).

732. — La juridiction est une entité qui ne peut être dissociée du litige qu'elle est chargée de résoudre. Elle devra en suivre l'évolution de l'instruction au délibéré et conserver la même nature durant le déroulement entier du procès. L'unité du litige est sauvegardée par un certain nombre de facteurs qui tiennent à la juridiction et à ses méthodes de travail. Les principes généraux de la procédure ont contribué fortement à sauvegarder l'unité de la juridiction pendant toute l'instance. Il n'existe cependant *pas un principe ou une règle unique* qui garantisse formellement l'unité de la juridiction pendant la durée entière du litige.

L'unité de la juridiction se manifeste essentiellement par une double interdiction : d'une part, il n'est pas possible, en cours d'instance, de dessaisir une juridiction compétemment saisie (2), d'autre part, des membres étrangers à la juridiction n'ont pas le droit de participer à son travail (3). La sauvegarde de l'unité de juridiction

(1) Le titre donné à ce chapitre peut conduire à une équivoque si l'on ne s'accorde pas sur la nature des procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime (voir *supra*, Ch. II). Elles sont à la fois relatives à la *composition* physique de la juridiction et à l'*impartialité* de son œuvre. Malgré cette ambivalence, il nous apparaît que le second aspect (impartialité) l'emporte sur le premier (composition) et justifie leur étude dans un chapitre distinct.

(2) La récusation pour suspicion constitue la seule exception légale. Elle est l'œuvre des principes généraux de procédure. Voir *supra*, Ch. II, pp. 481-483.

(3) Certaines de ces obligations s'expliquent par les droits de la défense lorsqu'elles sont relatives aux droits et garanties des parties en cours d'instruction et pendant l'audience de jugement : C.E. Sect. 12, décembre 1958, Banque Alsacienne privée, concl. Braibant, A.J.D.A., 1959.II.24 et s., et C.E. Ass. 6 mars 1959, « Syndicats des grandes pharmacies de Paris », Rec. p. 165. Mais les droits de la défense ne révèlent qu'un des aspects des garanties offertes au justiciable. La

se fait sentir avec acuité dans deux circonstances particulières : en premier lieu, lorsque le législateur transforme une juridiction à un point tel que l'on aboutit à la création d'une nouvelle juridiction (4), ou, en second lieu, lorsqu'un pays anciennement colonisé accède à l'indépendance et modifie ou supprime les juridictions existantes. Les affaires inscrites au rôle d'une juridiction ne doivent pas subir le bouleversement préjudiciable aux parties.

Dans la chronologie du procès, l'unicité de la juridiction doit être envisagée à deux stades : unité de la juridiction d'instruction et de jugement (Section 1) et unité de l'organe de débat et de délibérés (Section 2).

Section 1

L'UNITE DE LA JURIDICTION D'INSTRUCTION ET DE JUGEMENT

733. — Trancher un différend juridique implique la recherche délicate de tous les aspects d'une vérité douteuse qui ne sera découverte qu'après de longues investigations menées par le juge et les parties. C'est pourquoi la décision de justice ne peut être rendue qu'après instruction. Les principes généraux de procédure sont attachés à garantir l'unicité de la juridiction dans les deux phases de l'instance, mais n'ont pas exprimé formellement cette obligation. La juridiction d'instruction doit avoir la même nature que celle de jugement, bien que l'organe d'instruction et de jugement ne soient pas composés nécessairement des mêmes membres.

La complexité et la longueur des affaires nécessitent parfois une formation d'instruction restreinte. Elle n'est alors qu'une émanation de la juridiction dont elle est issue et ne se distingue de la formation de jugement que par le nombre de ses membres. La différence de nombre ne doit pas se transformer en différence de nature et faire de l'organe d'instruction une juridiction différente de la formation de jugement. L'unité requise est organique et non physique. L'affaire doit être instruite et jugée par des membres d'un même corps, par

juridiction est mise en cause plus directement que le justiciable par les obligations décrites dans ce chapitre.

(4) Certains membres de la juridiction bénéficient d'une délégation pour instruire l'affaire. Il ne faut confondre la délégation de compétence avec les missions de routine que confie le président au secrétaire-greffier. Ce sont des mesures d'instruction élémentaire telles que la communication de pièces. Pour les tribunaux administratifs, voir les articles 7 et 8 du décret du 6 septembre 1925. Voir également sur l'ensemble de la question, Lapanne-Joinville, *loc. cit.*, A.J.D.A., 1965, pp. 324 et s.

des juges de la même juridiction. L'unité physique est fréquemment réalisée de façon imparfaite (5).

A. — La composition de l'organe d'instruction.

734. — Les techniques d'instruction sont diverses mais sont en fait soumises au respect des principes généraux de procédure. En conséquence, quelle que soit sa forme, l'organe d'instruction ne doit pas altérer l'unité juridictionnelle (6).

Devant les juridictions administratives, le président est le ciment de l'unité juridictionnelle. Il concentre parfois entre ses mains les pouvoirs d'instruction; dans d'autres cas, en revanche, il délègue ses prérogatives d'instruction de l'affaire jusqu'à l'audience publique de jugement. C'est ainsi que le président du Tribunal administratif désigne un rapporteur, qui est à la fois magistrat instructeur et juge de l'affaire. Le rapporteur prend toutes les mesures nécessaires à l'instruction, seul ou en accord avec le tribunal, qui siège à cette occasion en chambre de conseil (7). La procédure devant le Conseil d'Etat est assez semblable et confère à la sous-section d'instruction un rôle prépondérant. Le rapporteur et la sous-section ne sont que des démembrements de la juridiction qui sera amenée à juger définitivement l'affaire. Leur nature est identique.

Le Conseil d'Etat a étendu la règle de l'unicité à l'ensemble des juridictions administratives. *L'organe d'instruction doit être de la même nature que l'organe de jugement.* Une juridiction (par la voie de son président) ne peut confier l'instruction qu'à un membre de la juridiction rapporteur de l'affaire. Il doit, au surplus, présenter des garanties d'indépendance vis-à-vis de l'affaire qu'il est chargé d'instruire (8). L'indépendance du rapporteur provient essentiellement du fait qu'il est également membre de l'organe de jugement et soumis, de ce fait, à des règles d'impartialité assez rigoureuses. Les pouvoirs qui lui sont délégués ne portent pas atteinte aux principes généraux de la procédure dès lors que l'instruction conserve un caractère contradictoire. En vertu de la jurisprudence du « Syndicat des grandes pharmacies de Paris » du 6 mars 1959 (9), la juridiction peut se dessaisir d'une partie de ses prérogatives aux fins d'instruction à une double condition :

(5) C'est ainsi que le rapporteur de l'organe d'instruction ne siège pas obligatoirement lors des séances de jugement. Nous verrons dans la section 2 que l'unité requise de l'organe de jugement est plus exigeante : l'affaire devra être jugée et délibérée par les mêmes individus. Voir *infra,* p. 492.

(6) L'organe d'instruction, quel que soit sa forme est également soumis au respect des droits de la défense.

(7) Articles 7 et suivants du décret de 1926 précité. Le rôle particulier du rapporteur se rencontre à un autre moment de la procédure. Il est chargé de mettre en forme le jugement tel qu'il ressort du délibéré.

(8) C.E., 6 mars 1959, « Syndicat des grandes pharmacies de Paris et de la région parisienne », précité, Rec. p. 165, A.J.D.A. 1960.II.27.

(9) *Ibid.*

— Le délégué chargé de l'instruction doit faire partie de la juridiction.

— Les mesures prises par l'organe d'instruction sont communiquées, à la fois, au justiciable et à l'organe de jugement. Les droits de la défense ne doivent pas être touchés par une procédure d'instruction qui ne serait pas totalement contradictoire.

B. — La structure de l'organe d'instruction et les droits de la défense.

735. — Le principe de l'unité juridictionnelle en vertu duquel l'organe d'instruction doit être de la même nature que l'organe de jugement repose pour partie sur les règles du contradictoire (10). Si les juridictions d'instruction et de jugement étaient de nature différente, le caractère contradictoire risquerait de ne plus exister. Une illustration en est donnée par le rappel fait au Conseil supérieur de l'Education nationale. Il a l'obligation, en vertu des textes et *du principe contradictoire « de faire établir un rapport écrit sur tous « les éléments d'information recueillis, même oralement, par lui- « même ou par son rapporteur »* (11), au cours d'instruction. Le rapport est élaboré par le rapporteur qui instruit l'affaire par délégation puis il est soumis à l'organe de jugement. En revanche, le Conseil d'Etat n'a pas estimé utile que le Conseil supérieur ait à entendre, de nouveau, le fonctionnaire qui avait été interrogé au cours de l'instruction par ledit rapporteur.

L'information de l'organe de jugement doit être la même que celle de l'organe d'instruction. Le caractère contradictoire appliqué à la procédure est la garantie indirecte de l'unité juridictionnelle qu'il permet de sauvegarder. Au-delà des hommes qui la compose, la juridiction demeure identique à elle-même par la transmission à l'organe de jugement et de délibération de toutes les informations recueillies par l'un de ses membres, en cours d'instruction.

C. — Organe d'instruction et de jugement.

736. — L'unité de juridiction est maintenue au prix de l'information complète de l'organe de jugement par l'organe d'instruction (12). Le principe n'implique pas l'identité physique des membres composant l'organe d'instruction et la juridiction de jugement, mais

(10) Voir *supra*, « Les droits de la défense », S. 3, pp. 432 et s.

(11) C.E., 23 mars 1956, Louis, Rec. pp. 136-137. Cet arrêt marquait un revirement par rapport à la décision du 5 mars 1954, Banque Alsacienne privée et Sieur Dupont, Rec. p. 144.

(12) Le Commissaire Corneille rappelait qu'au nom « des principes de droit commun », il était nécessaire que « tous les membres de la juridiction aient entendu et le rapport et les observations en défense des intéressés », C.E., 20 juin 1913, Téry, concl. Corneille, Rec. p. 741.

simplement que les uns et les autres appartiennent à la même juridiction.

La différenciation entre la phase d'instruction et celle de jugement n'est que le résultat pratique de l'organisation du travail. L'organe d'instruction, plus restreint que l'organe de jugement, sera, selon les cas, le délégataire ou le démembrement de celui-ci. Ils sont donc de même nature (13). C'est pourquoi *toute initiative de dénaturation de l'instruction serait contraire aux principes généraux de la procédure* (14). L'unité du litige n'est-elle pas rompue par certaines mesures que le justiciable demande à la juridiction de prendre en cours d'instruction ? La composition de la juridiction qui ordonne un complément d'instruction peut être différente de celle qui examine l'affaire en audience de jugement. L'unité juridictionnelle n'en est pas pour autant rompue, notamment pour une raison qui tient à la nature de la décision prise. Le jugement avant dire-droit constitue « une décision juridictionnelle distincte du jugement définitif » (15). Les voies de recours sont ouvertes contre la décision sans qu'il ne soit préjugé au fond (16). Le principe de l'unité de juridiction impose que l'organe d'instruction ait la même nature que l'organe de jugement, le premier ne constituant qu'un démembrement du second qui caractérise plus pleinement et plus complètement la juridiction.

Le monolithisme juridictionnel trouve également sa place dans les phases ultimes de la procédure. L'organe de délibération doit être identique à la formation de jugement.

Section 2

L'UNITE DE L'ORGANE DE DEBAT ET DE DELIBERATION

737. — L'unité de l'organe de débat et de l'organe de délibération signifie l'identité physique des membres qui composent ces formations. Cette règle ne subit aucune exception mais de simples aménagements en cas d'absence de certains membres.

(13) Il faut noter que l'organe de jugement n'est pas astreint à siéger au complet : il existe des procédures de remplacement et des règles relatives au quorum, voir *infra*, S. II, pp. 493 et s.

(14) Voir *supra*, C.E., 6 mars 1959, Syndicat des grandes pharmacies de la région parisienne ; voir également les faits de l'arrêt Louis (C.E., 23 mars 1956, Rec. pp. 136-137) précédemment rapportés.

(15) C.E., 23 octobre 1957, Coutat, Rec. p. 549.

(16) Voir *supra*, pp. 291-294.

§ 1. — L'identité physique des membres composant l'organe de débat et de délibéré.

738. — L'instruction d'une affaire est close par l'audition des conclusions du juge qui fait office de commissaire de gouvernement (17). A ce point donné de la procédure, la juridiction siège sous sa forme d'organe de jugement et devra conserver cette composition jusqu'à ce que le délibéré soit vidé et ait abouti à une décision juridictionnelle.

La composition de la juridiction doit être constante tout au long des débats. Le commissaire du gouvernement Corneille considérait ce principe comme « *une règle essentielle des formes judiciaires* » exigée par les droits de la défense (18). Prévue pour les juridictions de droit commun par des textes formels (19), elle s'impose d'elle-même en toute circonstance afin qu'aucun juge « ne se forme une impression incomplète de l'ensemble des débats ». L'obligation de composition identique s'étend aux débats publics et au délibéré. Les mêmes juges doivent prendre part à toutes les audiences au cours desquelles l'affaire est discutée et à l'ensemble du délibéré. L'unité juridictionnelle est ainsi sauvegardée à tous les stades de la procédure. Elle est plus stricte dans le rapport organe des débats publics-organe de délibération, que dans le rapport organe d'instruction-organe de jugement. Dans le premier rapport, les individus doivent être les mêmes, alors que dans le second, ils doivent seulement être membres de la même juridiction. De l'unité organique, l'on passe à l'unité physique.

La règle est impérative et ne souffre aucune exception. En cas de défaillance de l'un des membres de la juridiction en cours d'instance, les débats sont repris intégralement (20). S'il en était différemment, la connaissance du juge remplaçant serait imparfaite et constituerait une violation du principe de l'unité juridictionnelle et des droits de la défense. Les textes et la jurisprudence ont prévu des procédures précises de remplacement destinées à compléter les juridictions en cas de défaillance d'un juge.

(17) Voir *supra*, « Droits de la défense », pp. 421-422.

(18) Conclusions précitées, Rec. p. 1913, p. 737.

(19) Pour les Tribunaux administratifs, article 48 de la loi du 22 juillet 1889. Pour obtenir le respect de cette règle, il est en outre fait obligation aux juridictions de mentionner dans le jugement le nom des membres qui ont pris part à la décision, C.E., Ass. 23 janvier 1948, Besh, Rec. p. 33.

(20) C.E., Sect. 13 janvier 1933, Saussie, Rec. p. 48. L'absence d'un membre de la juridiction depuis le commencement de l'affaire, et la défaillance d'un membre en cours de jugement n'ont ni la même signification, ni les mêmes effets. Dans le premier cas, ou il peut être remplacé (voir *infra*), ou la juridiction peut siéger régulièrement sans lui (voir *infra*, les règles du quorum) ; dans le second cas, les débats sont à reprendre intégralement.

§ 2. — Le principe de l'unité juridictionnelle en cas de composition incomplète de l'organe de jugement.

739. — Une juridiction doit-elle être paralysée à raison de l'absence de certains de ses membres, situation fréquente pour les juridictions spéciales ? En cas de défaillance ou d'empêchement de certains membres composant la juridiction, le principe de l'unité juridictionnelle est sauvegardé par des aménagements :

— Une procédure du remplacement est instituée devant certaines juridictions (Conseil d'Etat, Tribunaux administratifs, Juridictions des pensions).

— Des règles touchant la composition minimale des juridictions, le quorum, ont également été élaborées par le juge administratif et s'appliquent à toutes les juridictions spéciales, sauf texte contraire. Les règles non écrites n'ont cependant pas imposé aux juridictions l'imparité dans leur composition.

A. — Les règles du quorum majoritaire.

740. — Pour qu'une décision soit rendue régulièrement par une juridiction, il n'est pas indispensable que celle-ci soit composée de tous ses titulaires. L'unicité juridictionnelle n'est pas toujours mise en échec par une décision qui est l'œuvre d'une juridiction incomplète. Au terme d'une *règle générale de procédure, un certain quorum doit cependant être atteint* par les juridictions qui n'ont pas l'obligation de siéger au complet.

741. — 1. *Les fonctions du quorum majoritaire.* — Les organismes professionnels sont là, comme dans beaucoup d'autres domaines, à l'origine de cet assouplissement apporté aux règles de composition des assemblées juridictionnelles. De composition échevinale ou paritaire, ces juridictions souffrent de l'absentéisme et siègent alors même que certains de leurs membres sont absents ou empêchés. Après certaines hésitations, le Conseil d'Etat a dégagé une règle qui trouve son fondement dans la sagesse et la soumission aux réalités plus que dans les impératifs juridiques. La majorité des membres d'une juridiction doit être réunie pour que celle-ci siège régulièrement (21).

Ne faut-il pas cependant s'étonner qu'une juridiction créée par le législateur en vue de comprendre un certain nombre de membres puisse siéger régulièrement, alors que la moitié de ceux-ci sont

(21) Deux décisions ont été rendues le même jour par la section du contentieux du Conseil d'Etat pour la Commission nationale des accidents du travail et le Conseil national de l'Ordre des médecins : C.E., Sect. 20 février 1953, « Sté Intercopie », Rec. p. 88 et Dlle Armelin, Rec. p. 89 ; voir également C.E., Ass. 30 janvier 1953, note M. L., S. 1953.III.77 et C.E., 20 avril 1956, « Ecole professionnelle de dessin industriel », concl. Long, Rec. p. 163.

absents ? L'unicité juridictionnelle n'est évidemment pas une notion arithmétique; mais l'aspect qualificatif que représente le principe de l'unité de juridiction souffrirait d'être altéré par des données quantitatives. Un organe paritaire qui serait touché par l'absence de près de la moitié de ses membres, tous représentants de la même activité, ne répondrait plus, en bonne logique, aux vœux du législateur et constituerait une juridiction d'une nature nouvelle. De composition paritaire, le Conseil supérieur de l'Education nationale peut néanmoins siéger régulièrement, même si tous les représentants de l'Enseignement public sont absents (22). L'amputation de la moitié des membres dénature pourtant, dans de nombreux cas, la juridiction et porte atteinte, en conséquence, à l'unité juridictionnelle recherchée par les règles non écrites du droit. Bien que l'éventualité de cette situation soit exceptionnelle, elle n'en présente pas moins des risques. En négligeant cet aspect, le Conseil d'Etat n'a pas respecté complètement les vœux des principes généraux de procédure (23).

742. — 2. *La nature de la règle du quorum majoritaire.* — Le quorum majoritaire est applicable, sauf texte contraire, à toutes les juridictions spéciales. Il est, selon le commissaire du gouvernement Long, « *le résultat d'un principe général de droit, tiré de la volonté présumée du législateur* » (24). Le Conseil d'Etat ne lui a cependant pas conféré cette qualité, et ne voit dans le quorum majoritaire qu'une *règle générale de procédure.* Il est malaisé de trancher la question de savoir la valeur exacte de cette règle. Il est certain qu'un texte réglementaire ne saurait instituer un quorum inférieur qui dénaturerait la juridiction auquel il serait affecté. Il est également certain que dans le silence des textes, les règles du quorum majoritaire s'appliquent de plein droit. En toute hypothèse, un texte législatif peut y déroger. Deux arguments font pencher en faveur de la qualité

(22) Voir loi du 26 décembre 1964 et *J.O.* Débats Ass. nat., 10 décembre 1964 et L. Trotabas, « Adieu au Conseil Supérieur de l'Education Nationale, statuant en matière contentieuse et disciplinaire », D. 1965, Ch. , pp. 25-29.

(23) Il existe cependant des juridictions devant lesquelles la règle du quorum ne reçoit pas d'application ; la règle du remplacement lui a été préférée. Les juridictions composées de juges professionnels ne peuvent siéger qu'au complet (C.E., Sect. 19 juin 1959, Mokrane, Chron. Combarnous et Galabert, A.J.D.A., 1959. I.158). Pour faire face aux absences, empêchement ou vacances, le législateur a eu recours au remplacement. La juridiction est complétée obligatoirement pour l'ensemble des débats et du délibéré par un membre de la juridiction ou extérieure à elle. La suppléance d'un conseiller administratif est assurée par un conseiller d'un tribunal administratif voisin ou par un avocat du siège du tribunal. En cas d'empêchement du Président du Tribunal qui assure également la direction de l'instruction, le conseiller le plus ancien dans le grade le plus élevé se substitue à lui. Cette règle découle de la combinaison de l'article 10 du décret du 30 septembre 1953 et du décret du 28 février 1928 qui n'a pas été abrogé par le texte antérieur dont l'application est très rare. Toute suppléance doit faire l'objet d'une mention spéciale dans le jugement, C.E., 26 décembre 1930, El de Guiari, Rec. p. 1119 ; C.E., 3 juillet 1957, Beaussier, Rec. p. 437 ; C.E., 22 octobre 1957, Coutat, Rec. p. 549 ; C.E., 14 mars 1958, Bigoin, Rec. p. 165.

(24) Conclusions précitées, p. 163.

de règle générale : en premier lieu, une jurisprudence constante du Conseil d'Etat rappelle cette qualification, à l'exclusion de toute autre. En second lieu, l'institution n'est pas d'une importance telle pour la juridiction, qu'il faille lui accorder le titre de principe général de procédure.

B. — La non-existence d'un principe de l'imparité.

743. — A défaut de texte précis applicable à bon nombre de juridictions, n'existait-il pas un principe ou une règle générale imposant aux juridictions de siéger en nombre impair ? Cette solution aurait permis à une majorité de se dégager plus facilement et d'éviter le partage de voix préjudiciable à la solution du litige (25). Mais, de façon générale, une prépondérance est donnée à la voix du président et supprime le danger invoqué par les défenseurs de l'imparité. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a refusé d'y voir un principe ou une règle générale de procédure (26). La règle de l'imparité n'aurait pas permis aux majorités de se dégager plus facilement et ne réglait pas le problème de l'unicité de juridiction.

Conclusion du chapitre.

744. — La jurisprudence ne s'est pas encore emparée du problème d'ensemble que constitue l'unicité juridictionnelle et ne donne que des solutions partielles et particulières aux litiges qui lui sont soumis. Le principe général se dégage lentement, mais commence à se révéler dans de nombreuses circonstances. Il impose, d'une part, que l'organe d'instruction ait la même nature que l'organe de jugement et que, d'autre part, du début de l'audience de jugement au prononcé du jugement, la juridiction soit composée des mêmes membres.

(25) Conclusions Braibant, sous C.E., Sec. 23 janvier 1959, Derambure, Rec. p. 70.

(26) C.E., Picot, 7 février 1930, Rec. p. 159 et Derambure, précité.

CONCLUSION GENERALE

745. — L'on pourrait paraphraser la formule de von Clausewitz, selon laquelle « la guerre n'est rien d'autre que la continuation des relations politiques, avec l'appoint d'autres moyens » et prétendre qu'originairement le procès administratif n'était rien d'autre que la continuation des relations administratives, avec l'appoint d'autres moyens. Et quels moyens ! Juridictions peu compétentes ou proches de l'administration active, recours dérisoires offerts aux particuliers, autoritarisme des juridictions, droits de la défense quasi-inexistants. Les principes généraux, lentement mais constamment, ont modifié, sinon bouleversé, le droit procédural. La procédure administrative contentieuse peut-elle être réduite à un ensemble de règles non écrites qui l'organiseraient mieux et plus complètement que les textes ? L'analyse qui a été faite des principes généraux de procédure dans cet ouvrage ne permet pas d'aboutir à une telle conclusion, car leur nature même limite leurs fonctions, et leur œuvre n'est pas encore achevée.

La marque profonde des principes généraux sur la procédure administrative contentieuse est double. Ils sont parvenus à faire régner une égalité complète entre les parties au procès administratif et ils sont à l'origine d'un véritable Code de Procédure administrative.

*
**

746. — *Le droit procédural est un droit d'égalité.* L'inégalité des rapports qui caractérise le droit administratif général a épargné la procédure administrative contentieuse devenue, sous l'influence des principes généraux, un droit d'égalité. Dépouillée de ses prérogatives de puissance publique dans le procès administratif, l'Administration est opposée à un particulier investi des mêmes droits et titulaire des mêmes obligations qu'elle. Chaque élément de la procédure est profondément marqué de cette empreinte. Il n'est pas besoin de rechercher si cette égalité constitue le fondement philosophique des règles non écrites ou si elle n'en est que le résultat pratique. Le prin-

cipe du recours pour excès de pouvoir, les droits de la défense, les principes relatifs à l'obligation de statuer sont là pour témoigner de l'esprit qui anime la procédure administrative. Chacun de ses éléments est imprégné de cette règle fondamentale de l'égalité.

L'action en justice, largement ouverte par le principe du recours pour excès de pouvoir, contraint l'Administration à respecter la légalité et le particulier à s'y soumettre. L'instance est le cadre d'un vaste débat où s'affrontent, à armes égales, toutes les parties. C'est à la ténacité du Conseil d'Etat que l'on doit notamment le principe général du respect des droits de la défense. Il a eu pour double effet d'assurer à la procédure contentieuse un caractère parfaitement contradictoire et d'imposer une égalité complète entre les parties. Ce résultat n'a pu être atteint que grâce au pouvoir inquisitoire étendu du juge administratif, qui marque aussi profondément le procès administratif que le caractère contradictoire.

En application de ces règles et principes, le régime de la preuve est de même nature pour le demandeur et le défendeur, sans qu'aucune présomption de véracité n'entoure les allégations de l'autorité administrative. Le régime de la preuve, intimement lié à l'exercice des droits de la défense, signifie un net recul du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, facteur important d'inégalité entre elle et le particulier. La situation d'égalité dépasse même le cadre purement processuel et marque désormais les rapports non contentieux de l'autorité administrative et de l'administré.

Les affinités qui existaient entre les membres des juridictions (1) et l'Administration active auraient rendu vaine et purement formelle l'égalité introduite par ailleurs si l'organisation juridictionnelle n'avait pas été réformée. Les principes généraux ont réagi contre cette situation en supprimant les causes de partialité et de défaillance de la justice administrative qui, enserrée dans un réseau d'obligations, est devenue sereine, indépendante et efficace. *La juridiction administrative, ce n'est plus l'Administration qui se juge, c'est un service public indépendant qui administre la justice administrative. Les principes généraux de procédure ont rabaissé l'Administration au rang de simple justiciable et élevé l'administré à ce même rang,* en sorte que le procès administratif ne connaît plus que des sujets égaux.

*
* *

747. — *Les principes généraux de procédure constituent un Code de Procédure administrative.* Malgré le nombre croissant des juridictions administratives, le législateur n'a jamais tenté d'harmoniser les procédures suivies par elles en leur imposant des règles communes. Il n'est intervenu qu'une seule fois à cet effet par un texte de portée limitée mais applicable par l'ensemble des juridictions

(1) Il s'agit ici des juridictions spéciales et non pas des juridictions administratives à compétence générale.

administratives. La procédure administrative est organisée par quelques textes de base devant le Conseil d'Etat, les Tribunaux administratifs et les juridictions des pensions. Devant toutes les autres juridictions administratives, l'organisation procédurale a été établie par les divers textes, instituant chacun de ces organismes. Comme en règle générale, le législateur ne se prononçait pas sur la nature de l'institution qu'il créait, la procédure y était prévue sommairement. L'insuffisance et la variété caractérisaient la conduite du procès devant ces juridictions.

Pour introduire la cohérence nécessaire, le Conseil d'Etat n'aurait-il pas pu considérer le Code de Procédure civile comme une source supplétive de la procédure administrative ? C'était la voie de la facilité, mais c'était celle aussi qui pouvait conduire à la servilité et, par le biais de la procédure, elle aurait consacré une dépendance fâcheuse du droit administratif au droit civil. Les principes généraux de procédure respectaient mieux l'indépendance de chacune des techniques juridiques. En permettant l'application de certaines règles du Code de Procédure civile, après les adaptations qui s'imposaient, et en facilitant l'extension de la procédure observée par le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs, les principes généraux unifient les règles et institutions que doivent observer désormais toutes les juridictions administratives. Le résultat auquel on est ainsi parvenu est suffisamment étonnant pour mériter d'être signalé, car quelques textes seulement modèlent la procédure administrative et constituent un réel Code de Procédure administrative.

Outre certaines dispositions du Code de Procédure civile, il faut mentionner la loi du 24 mai 1872 (art. 9 notamment) relative au Conseil d'Etat et celle du 21 juillet 1881, organisant les Conseils de préfecture et les textes qui les ont modifiés. Par le moule des principes généraux de procédure, ces textes ont garanti un droit à l'action, largement ouvert, protégé une instance contradictoire et égale pour les parties et organisé une juridiction indépendante.

748. — L'existence de telles règles codifiées par les principes généraux de procédure n'est-elle pas le résultat d'une rébellion du Conseil d'Etat devenu un « juge qui gouverne » ? Cette première question est souvent assortie d'une seconde qui la complète et qui marque davantage encore les craintes ou les réprobations ressenties et parfois formulées par certains juristes après la période d'enthousiasme qui a salué l'apparition des principes généraux. Ne constituent-ils pas, comme d'autres éléments de la jurisprudence, une « source abusive de droit » (2) dérogeant au légalisme traditionnel de la règle juridique française ? Les appréhensions et griefs que l'on

(3) Lorsqu'une loi s'est effacée devant un principe général de procédure, la situation était particulière. Dans de nombreux cas la loi émanait du pouvoir exécutif (loi du Chef de l'Etat français du 21 mai 1943 : C.E., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte, Rec. p. 110 ; voir *supra*, II[e] partie, p. 213, ou l'acte était peu clair : C.E., 7 février 1947, d'Aillières, Rec. p. 70).

décèle dans cette double question reposent sur une conception elle-même abusive des règles non écrites. Si l'on admettait, comme l'idée en est encore répandue, que les principes généraux (du droit ou de la procédure) sont créés *ex nihilo* par le juge administratif et qu'ils ont une valeur supra-législative, voire supra-constitutionnelle, les remontrances formulées seraient fondées et l'on pourrait même redouter pour l'Etat de droit toute activité créatrice du juge. Mais les principes généraux de procédure ne concurrencent pas le législateur et ne compromettent pas l'application de son œuvre, car il n'a jamais existé de conflit réel entre les représentants de la volonté nationale et le Conseil d'Etat (3). La création du juge repose sur des données juridiques solides, et bien que les principes généraux aient valeur législative, ils se soumettent à la volonté expresse du législateur. Ils se combinent harmonieusement avec toutes les règles écrites auxquelles ils sont affrontés.

— Au regard de la loi, les principes généraux de procédure sont des règles interprétatives. Ils facilitent l'application de certaines d'entre elles, mais limitent l'application de textes obscurs contraires à l'état de droit général, et s'effacent devant la volonté clairement exprimée du législateur.

— Au regard des autres autorités, les principes généraux de procédure constituent des règles obligatoires. Ils permettent de mieux soumettre l'autorité administrative aux règles de la légalité, notamment par l'intermédiaire du principe du recours pour excès de pouvoir. Ils contraignent les autorités juridictionnelles au respect des mêmes impératifs, grâce au principe du recours en cassation et au principe du respect dû aux droits de la défense. Cette double qualité de règle interprétative et de règle obligatoire assure l'unité d'application de la règle juridique. Loin d'entrer en conflit avec le législateur, les principes généraux de procédure renforcent son action, en redressant les imperfections de plume et les erreurs de jugement qu'il aurait pu commettre. Pour le reste, aucune autre règle ne contribue mieux qu'eux au maintien de l'état de droit. Mais, en formulant les principes généraux de procédure, le juge doit s'en tenir à une grande prudence. Il n'oubliera jamais qu'il est le serviteur de la loi.

749. — Qui viendrait alors reprocher aux principes généraux de procédure d'avoir mis un terme à certaines traditions d'irrégularité, d'illégalité, d'avoir paré bon nombre de dénis de justice et de s'être insérés, pour y parvenir, dans la hiérarchie des règles juridiques ?

La seule différence qui *partage le « Code de Procédure administrative » des grandes codifications, réside dans le fait que celles-ci ont été pensées, voulues et réalisées par le législateur, tandis que l'autre codification est l'œuvre du juge qui a interprété la volonté du législateur.* Tel est le défi des principes généraux de procédure.

(2) O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in* Mélanges offerts à J.-M. Maury, Lib. Dalloz, 1960, T. II, pp. 349-377.

Vu,
Le Président de la thèse :
J. MOREAU.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Rennes :
R. PERCEROU.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie :
H. LE MOAL.

Table des Abréviations

A.J.D.A.	L'Actualité juridique de droit administratif.
D.	Dalloz.
Dt Soc.	Droit social.
G.P.	Gazette du palais.
Juris. Class. adm. .	Jurisclasseur administratif.
J.C.P.	Jurisclasseurs périodiques.
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.
Rev. Trim. de Dt civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique.
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif.
S.	Recueil Sirey.

Bibliographie

Manuels et ouvrages généraux

I. — OUVRAGES ANCIENS

ALIBERT, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », Ed. Payot, 1926.

APPLETON, « Traité élémentaire du contentieux administratif », Ed. Dalloz, 1927.

AUCOC, « Conférences sur l'administration et le droit administratif » (2 T.), 2e éd., Dunod, 1878.

BERTHÉLÉMY, « Traité de droit administratif », 9e éd., Paris 1921.

BONNARD (R.-G.), « Précis de droit administratif », Ed. Dalloz, L.G.D.J., 1943.

CHAUVEAU, « Principes de compétences des juridictions administratives » (3 T.), Paris 1841.

CORMENIN, « Questions de droit administratif », 4e éd., 1937, Lib. Thorel (2 T.).

DUGUIT, « Traité de droit administratif », 2e éd.

ESMEIN, « Elément de droit constitutionnel français et comparé » (2 T.), 8e éd., 1927-1928, Lib. Sirey.

HAURIOU, « Précis de droit constitutionnel », IIe éd., 1929, Lib. Sirey.
— « Précis de droit administratif », 10e éd., Paris.

de GERANSON, « Instituts de droit administratif », 1829.

JACQUELIN, « Contentieux administratif », 1899.

LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 1888 (2 T.).

LE RAT DE MAGNITOT, « Dictionnaire de droit public et administratif », Ed. Joubert, Paris 1836.

MACAREL, « Eléments de jurisprudence administrative », 1818 (3 T.).

II. — OUVRAGES RECENTS

AUBY et DRAGO, « Traité du Contentieux administratif » (3 T.), L.G.D.J., 1962.

BOUZAT et PINATEL, « Traité de droit pénal et de criminologie », Ed. Dalloz, 1963 (2 tomes).

BRUN et GALLAND, « Droit du Travail », Paris, Lib. Sirey, 1958. Mise à jour 1960.

CARBONNIER, « Droit civil » (2 T.), P.U.F., 1959-1962.

CAVARE, « Le droit international public positif », T. I, T. II, 2e éd., Pédone 1961.

CORNU et FOYER, « Procédure civile », Thémis, P.U.F., 1958.

CUCHE (P.) et VINCENT, « Procédure civile », 3e éd., Lib. Dalloz, 1963.

DRAGO et AUBY, « Traité du Contentieux administratif », 3 T., L.G.D.J., 1962.

FOYER et CORNU, « Procédure civile », P.U.F., 1958.

de LAUBADÈRE (A.), « Traité élémentaire de droit administratif », 3e éd. (2 T.), L.G.D.J., 1963.

MATHIOT, « Cours de droit administratif », Paris, Les Cours de Droit, 1964-1965.

ODENT, « Contentieux administratif », Cours I.E.P., 3 Tomes, 1963.

PARISOT (D.) et JAUFFRET (A.), « Manuel de procédure civile et voies d'exécution », L.G.D.J., 1962.

PLANIOL et RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil » (3 T.), 5e éd., 1950-1952, L.G.D.J.

RIVERO, « Cours de Libertés Publiques », Ed. « Les Cours de Droit », Paris 1964-1965.

ROLLAND, « Précis de droit administratif », IIe éd., Dalloz, 1957.

ROUAST (A.) et DURAND (P.), « Sécurité Sociale », Ed. Dalloz, 1961.

SOLUS et PERROT, « Droit judiciaire privé », T. I, Ed. Sirey, 1961.

VEDEL (G)., « Droit administratif », 3e éd., P.U.F., 1964.
— « Cours de Droit administratif », Paris, Les Cours de Droit, 1965-1966.

WALINE (M.), « Droit administratif », 9e éd., Sirey, 1963.

WIGNY (P.), « Droit administratif, principes généraux », 3e éd., Bruxelles 1953.

THESES - OUVRAGES SPECIAUX

ARDANT (Ph.), « La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle », Th. L.G.D.J., 1956.

BATIFFOL, « La philosophie du droit », P.U.F., 1960.

BENICHOU (E.), « Les avocats devant les tribunaux administratifs », Th. Paris, 1958.

BERNARD, « La notion d'ordre public en droit administratif », Th. L.G.D.J., 1962.

BITARANA, « Les tribunaux administratifs spéciaux et la séparation entre l'administration et la juridiction », Th. Bordeaux, 1935.

BIAYS (P.), « La fonction disciplinaire des ordres professionnels », Th. Rennes, 1949.

CAPITANT, « Vocabulaire juridique », P.U.F., 1936.

CARCELLE et MAS (G.), « Le risque des pensions civiles et militaires », Ed. Sirey, 1960.

CARRÉ DE MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Ed. Sirey (2 T.), 1920-1922.

CHRÉTIEN, « Les règles de droit d'origine jurisprudentielle », Th. Lille, Imprimerie Danel, 1936.

COTTERET, « Le pouvoir législatif en France », Th. L.G.D.J., 1963.

CRÉMIEU (L.), « Le traité de la profession d'avocat », Ed. Dalloz, 1939.

DABIN, « La philosophie de l'ordre juridique positif », Lib. Sirey, 1929.

DEBBASCH, « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », Th. L.G.D.J., 1962, 995 pages.

DELAHOUSSE, « L'inscription et la discipline dans les ordres professionnels », Th. Lille, 1959.

DESMOTTES (G.), « Manuel pratique de l'aide sociale », Ed. Techniques et Juridiques, Paris 1956.

FAVOREU, « Le déni de justice en droit public français », Th. L.G.D.J., 1964.

FONT-REAULX, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Th. Poitiers, 1930.

GABOLDE (Ch.), « Traité pratique de la procédure administrative contentieuse des tribunaux administratifs », Ed. Dalloz, 1960.

— « Manuel des procédures d'urgence suivies devant le tribunal administratif », Lib. Dalloz, 1956.

GÉNY, « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé », IIe éd. (2 T.), L.G.D.J., 1954.

GILLI, « La notion de cause de la demande en justice en droit administratif », Th. L.G.D.J., 1962.

GONIDEC (P.F.), « Droit d'Outre-mer », Ed. Montchrestien, 1959 (2 T.).

GOUR (C.), « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », Th. L.G.D.J., 1960.

GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », Académie de Droit international », Rec. des Cours, T. 94, 1958, p. 581.

JACQUEMART, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », Th. Lille, 1956.

JEANNEAU (B.), « Les principes généraux dans la jurisprudence administrative », Ed. Sirey, 1954, 285 pages.

KORNPROBST, « La notion de parties et le recours pour excès de pouvoir », Th. Paris, 1960.

KRITTER (J.), « La tierce-opposition en droit administratif », Th. Paris, 1935.

LAMPUÉ et ROLLAND, « Précis de droit des pays d'Outre-mer », 1949.

LALANDE, « Vocabulaire technique et cubique de la philosophie », P.U.F., 1960.

LANDON (P.), « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954 », Th. L.G.D.J., 1962.

LESAGE, « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », L.G.D.J., 1960.

MAROY (P.), « L'application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Ed. sc. admin., Bruxelles, 1961.

MAS (G.) et CARCELLE, « Le régime des pensions civiles et militaires », Ed. Sirey, 1960.

MIMIN (P.), « Le style des jugements », 4e éd., Lib. Techniques, 1962.

de MIRIMONDE, « La Cour des Comptes », Lib. Sirey, 1947.

MOREAU (J.), « L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative », Th. L.G.D.J., 1956.

PACTET, « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », Ed. Pédone, 1952.

PEISER, « Les recours en cassation en droit administratif français », Th., Ed. Sirey, 1958, 516 pages.

PLANTEY, « Traité pratique de la fonction publique », L.G.D.J., 1963 (2 tomes).

DI QUAL (L.), « La compétence liée », Th. L.G.D.J., 1964.

ROBERT (J.), « Arbitrage civil et commercial », Ed. Sirey 1961 (T. 1), 268 pages.

ROLLAND, « Précis de droit des pays d'Outre-Mer », 1949.

SIORAT, « Le problème des lacunes en droit international », L.G.D.J., 1958.

de SOTO, « Les nullités des actes administratifs », Th. Paris, 1941.

STILLMUNKES, « L'arbitrage en droit administratif », Th. Paris, 1960.

TEITGEN, « La police municipale », Th. 1937.

DEL VECCHIO, « La justice, la vérité », Lib. Dalloz, 1955.

VIZIOZ, « Etudes de procédure », Bordeaux, Ed. Bierg, 1959.

WEIL (P.), « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Th. Ed. Pédone, 1952.

ARTICLES ET CHRONIQUES

AUBY (J.-M.), « L'arbitrage en matière administrative », A.J.D.A., 1955.I.81.

— « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P. 1959, 431-460.

— « La notion du recours administratif », A.J.D.A., 1965.I.117.

BENOIT (F. P.), « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », S.J. 1964, n° 1838.

— « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », J.C.P. 1954.I.1178.

BERLIA, « La crise constitutionnelle de mai-juin 1958 », R.D.P., 1958, p. 918.

— « L'application de l'article 16 et les rapports entre parlement et gouvernement », R.D.P. 1961, p. 1029.

BERNARD et DUFOUR, « Contentieux des pensions », Jurisclass. adm., Fasc. 765-767.

BERNARD, « Le contentieux des travaux publics », A.J.D.A., 1960.I.85.

BONNEAU, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux Tribunaux administratifs », D. 1955, Chr. II.

— « Tribunaux administratifs - Procédure ordinaire - L'Instance », Juris-Class. adm., Fasc. 635.

— « Contentieux électoral », Juris-Class. adm., Fasc., 760-761.

BESSON, « Conseil Supérieur de la magistrature », Encyclopédie Dalloz, Mise à jour 1960.

BORELLA, « Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », R.D.P., 1962, pp. 463-495.

BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *in* « Etudes Ripert, Le droit privé au milieu du XX^e^ siècle », 1950, pp. 51-74.

BOURRET (A. M.) et MARTY (Ch.), « Pensions d'invalidité des victimes de guerre », Juris-Class. adm., Fasc. 767.

BRACKERS d'HUGO, « Compétences et procédures devant les juridictions disciplinaires médicales », Lois nouvelles, 1954.I.124.

BRAIBANT, « L'arrêt syndical des Ingénieurs-Conseils et les principes généraux du droit », Art. et Doc. du C.E., 1962, p. 62.

BRETHE DE LA GRESSAYE, « Le pouvoir juridictionnel des ordres professionnels », Dt Social 1955, p. 597.

CAPITANT, « L'interprétation de la loi d'après les travaux préparatoires », D. 1935, Chr. p. 77.

— « Le droit constitutionnel non écrit », *in* Recueil Gény, « Les sources du droit », Lib. Sirey, 1937, T. 3.

CHAPUS, « Responsabilité publique et privée », R.D.P., 1957, p. 93.

— « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, Chr. pp. 119-126.

— « L'acte de gouvernement, monstre ou victime », D. 1958, Chr. p. 5.

CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans sa fonction législative », R.D.P. 1940, p. 200.

— « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », R.D.P. 1942, p. 93.

CHRÉTIEN, « Le relèvement de fonctions », Gaz. Pal., Doctrine p. 27.

— « La confiscation des profits illicites », J.C.P. 1945.I.458 et 463.

CUVELLIER, « Quelques observations sur le fonctionnement de la Commission spéciale de cassation adjointe au Conseil d'Etat », et Doc. du C.E., 1954, p. 97.

DRAGO, « L'évocation dans la procédure administrative », R.D.P., 1957, pp. 453-473.

— « Le statut des magistrats et le juge administratif », Le pouvoir judiciaire, janvier-février 1960.

DUFOUR et BERNARD, « Contentieux des Pensions », Juris-Class. adm., Fasc. 765-767.

DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *in* « Mélanges offerts à J. Maury », Lib. Dalloz 1960, T. II, p. 349.

— « Le ministère public auprès les juridictions administratives », Mestre, 1956, p. 186.

DUPEYROUX (J.-J.) et HÉBRAUD, « Les juridictions sociales dans la réforme judiciaire », Droit Social, 1960, p. 153.

DUPUIS (G.) et LIET-VEAUX, « L'acte administratif », Juris-Class. adm., Fasc. 106.

DURAND (Ch.), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat de 1800 à 1814 », Annales de la Faculté de droit d'Aix, 1953, n° 46.

EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de la légalité », Et. et Doc. 1957, pp. 25-40.

— « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable », Mélanges Maury, T. 2, p. 379.

— « Le contentieux des atteintes arbitraires à la liberté et à la sécurité individuelle », R.P.D.A., 1956, p. 1.

FEUER (G.), « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure administrative contentieuse », R.D.P. 1958, pp. 19-98.

GABOLDE, « Les édifices menaçant ruine », Juris-Class. adm., Fasc. 360.

GAZIER et LONG, « Les demandes de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1954.II, p. 8.

— « Juridictions relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation », A.J. 1945.I.77.

GEORGEL (J.), « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P., 1958, p. 88.

— « Police des Cultes », Juris-class. adm., 1962, Fasc. 215.

GEORGEL (J.) et LIET-VEAUX, « Le recours pour excès de pouvoir », Juris-Class. adm., Fasc. 652.

HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », Revue trimestrielle de droit civil », 1929, p. 268.

HÉBRAUD et J.-J. DUPEYROUX, « Les juridictions sociales dans la réforme judiciaire », Dt Social 1960, p. 153. « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 », D. Chr. p. 9.

HEILBRONNER, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », D. 1953.J.139.

HEURTÉ, « Les règles générales de procédure », A.J.D.A., 1964, 1964, pp. 4-9.

— « Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1959. I.81.

— « La tierce-opposition en droit administratif », D. 1955, Chr. pp. 66-72.

— « La convocation à l'audience fiscale », A.J.D.A., 1958.I.1.

— « Conclusions et moyens nouveaux présentés à l'instance », A.J.D.A., 1957. I.37.

— « Avocats et tribunaux administratifs », A.J.D.A., 1955.I.98.

— « De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les tribunaux administratifs », A.J.D.A., 1955.I, 37-50.

— « L'enquête devant la juridiction administrative », J.C.P., 1952.I.1037.

— « La récusation des juges administratifs », J.C.P., 1964, doc. 18-24.

JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative », R.D.P., 1903, p. 373.

JOSSE (P. L.), « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », *in* Livre jubilaire du Conseil d'Etat, pp. 160-175.

LAFERRIÈRE (J.), « La réforme de la juridiction administrative », R.D.P. 1920, pp. 553 et s. ; R.D.P. 1921, pp. 133 et s.

— « La coutume constitutionnelle - Son rôle et sa valeur en France », R.D.P., 1944, p. 20.

LAMARQUE, « La théorie de la nécessité de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P., 1961, p. 624.

LAPANNE-JOINVILLE, « La direction de la procédure devant les tribunaux administratifs », A.J.D.A., 1965.I.380.

LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », Et. et Doc. du C.E. 1953, p. 23.

LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *in* « Livre jubilaire du Conseil d'Etat », pp. 177-349.

LEGARET, « L'article 16 », Revue des Deux Mondes, juin 1961.

LETOURNEUR, « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », Et. et Doc. 1958, p.

— « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », Et. et Doc. 1951, p. 31.

— « Les principes de la non-rétroactivité des actes administratifs », Et. et Doc. 1955, p. 37.

LIET-VEAUX, « Tribunaux d'exception et contrôle juridictionnel », Rev. adm., 1962, p. 663.

LIET-VEAUX et DUPUIS (G.), « L'acte administratif », *in* Juris-Class. adm., Fasc. 102.

LIET-VEAUX et GEORGEL (J.), « Le recours pour excès de pouvoir », Juris-Class. adm., Fasc. 652.

LONG et GAZIER, « Les demandes de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1954.II, p. 8.

— « Juridiction relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation », A.J. 1945.I.77.

LUCAS (P.), « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction », D. 1957, Chr. pp. 115 et s.

LUCHAIRE, « L'application de la loi Outre-mer », Juris-Class. adm., Jurisclass. civil, art. 3.

— « Contentieux d'Outre-mer », Juris-Class. adm., Fasc. 780.

MABILEAU, « De la distinction des actes de l'administration et des actes d'administration juridictionnelle », Th. 1943.

MAURY (J.), « Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in* Etudes offertes à G. RIPERT, « Le droit privé au milieu du XX^e^ siècle », Lib. Dalloz, 1951.

MALEVILLE, « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat », Juris-Class. adm., Fasc. 620.

— « Instruction et jugement des requêtes et recours », Juris-Class. adm., Fasc. 617.

MARTY (Ch.) et BOURRÉ (A. M.), « Pensions d'invalidité des victimes de guerre », Juris-Class. adm., Fasc. 767.

MÉJEAN (F.), « La réforme de la procédure administrative », Rev. adm., 1959, pp. 144-159.

— « Le nouveau référé administratif », Rev. adm., 1955, p. 163.

MESTRE, « Recherches sur l'exception d'illégalité », *in* Mélanges Hauriou, p. 567.

MIGNON, « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement », R.A. 1951, p. 130.

MORANGE, « La liberté d'opinion des fonctionnaires », D. 1953, Chr. p. 149.
— « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », D. 1956, Chr. p. 121.
— « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 160 », D. 1962, Chr. p. 109.
— « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, Chr. 13.

MOTULSKY, « Les droits de la défense », *in* Mélanges Maury, p. 142.
— « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », Mélanges Roubier, T. 2, pp. 176-200, Lib. Dalloz, 1961.

NGUYEN QUOC DINN, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1960, p. 406.

ODENT, « Les droits de la défense », Et. et Doc. 1953, p. 55.
— « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les ordres professionnels », Archives de philosophie du droit, 1954.

PERSIL, « Rapport au roi », 30 mars 1835, Duvergier, 835, p. 471.

PIÉTRI, « L'article 16, un texte sans précédent », Rev. Pol. et Parlem. 1955, p. 8.

PHILIP (C.), « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel », R.D.P. 1962, pp. 46-101.

POUSSIÈRE (M.), « Contentieux des dommages de guerre - Organisation générale - Commissions arbitrales », Juris-Class. adm., Fasc. 770.

PUISOXE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense par l'Administration », A.J.D.A., 1962, p. 73.

RIVERO, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », D. 1951, Chr. VI, p. 21.
— « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat », Dt Social, 1951, p. 591.
— « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, Chr. 99-102.

THEIS, « Essai de recensement des juridictions relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation », Et. et Doc. du C.E. 1952, pp. 72 et s.

de SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P., 1959, pp. 240-296.

STARCK, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », Rev. Trim. de droit civil, 1958, pp. 475-505.

VEDEL, « La responsabilité des ordonnateurs devant la Cour de discipline budgétaire », R.S.F. 1949, p. 115.
— « De l'arrêt Sepfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P., 1948.I.628.

VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952, p. 317.

WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in* La technique et les principes du droit public : Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, T. 2, p. 613.
— « Elément d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », R.D.P. 1928, pp. 441 et s.
— « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, pp. 699-716.

CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Alibert, note sous C.E., 10 janvier 1930, Despujol, S. 1930.3.41.

Auby, note sous T. C., 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, S. 1952.I, note sous C.E., 30 juin 1950, Quéralt, S. 1951.3.85.

Benoit (F.P.), note sous C.E., 29 octobre 1954, Taupin et Mérienne, D. 1955.J.367.

Berget, concl. sur C.E., 10 août 1918, Villes, Rec. p. 843.

Bernard, concl. sur C.E., 19 octobre 1962, Brocas, R.D.P. 1962, p. 1181.
— Concl. sur C.E., 23 octobre 1964, d'Oriano, R.D.P. 1965, p. 286.
— Concl. sur C.E., 19 octobre 1962, Brocas, D. 1962, p. 702 et R.D.P. 1962, p. 1180.
— Concl. sur C.E., 6 novembre 1959, Dame Pomar, R.D.P. 1960, p. 144.

Berlia, note sous C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, R.D.P. 1962, p. 288.

Blum, concl. sur C.E., 29 novembre 1912, Boussuge, Rec. p. 1128.

Bonnard, note C.E., 31 juillet 1942, Monpeurt, R.D.P. 1943, p. 57.

Boulbès, note sous C.A. Paris, 10 novembre 1964, J.C.P., S.J., 1966.II.14.625.

Bourdoncles, note sous C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, S. 1962.147.

Borella, note sous C.E., 8 janvier 1959, « Commissaire du gouvernement près le Conseil Supérieur des Experts-comptables et des Comptables agréés », D. 190.J.42.

Braibant, concl. sur C.E., 23-1-1959, Deramburé, Rec. p. 71.
— Concl. sur C.E., 11 octobre 1963, « Association des amis du Site de Clagny », A.J.D.A. 1964, p. 55.
— Concl. sur C.E., 12 décembre 1963, « Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord », S. 1964, p. 57.
— Concl. sur C.E., 13 juin 1958, Esnault, Rec. p. 343.
— Concl. sur C.E., 26 novembre 1954, Van Peborgh, A.J.D.A. 1954.II.486.
— Concl. sur C.E., 11 octobre 1963, « Sté des amis du Site de Clagny », A.J. D.A., 1964.II.55.
— Concl. sur C.E., 13 juin 1958, Barbier, Rec. p. 779.
— Concl. sur C.E., 13 juillet 1962, « Conseil National de l'Ordre des Médecins », R.D.P. 1962, p. 739.

Braibant et Fournier, Chr. sous. Cass. civ., 23 novembre 1956, A.J. 1957.II.91, concl. sur C.E., 13 juillet 1962, « Conseil National de l'Ordre des Médecins », R.D.P. 1962, p. 763. - Note sous C.E., 14 mars 1956, Hubrin, A.J.D.A., 1956.II.222.

Célier, concl. sur C.E., 28 mars 1947, Gombert, S. 1947.III.89.

Chardeau, concl. sous C.E., 30 janvier 1959, Grange, Rec. p. 85.
— Concl. sous C.E., 4 juillet 1957, Lamborot, A.J.D.A., 1958.II, p. 108.
— Concl. sous C.E., 27 mai 1956, « Electricité de France », A.J.D.A., 1956, p. 322.
— Concl. sur C.E., 12 décembre 1953, De Bayo, R.P.D.A., 1954, p. 3.

Chavanne, note sous C.A. Paris, 17 novembre 1953, J.C.P. 1954.II.8119.

Chenot, concl. sur C.E., 4 février 1944, Guieyesse, R.D.P., 1944, p. 58.
— Concl. sur C.E., 4 février 1944, Vernon, R.D.P. 1944, p. 176.
— Concl. sur C.E., 5 mai 1944, Chenot, D. 1945.J.110.

Colliard, note sous C.E., 2 février 1945, Moineau, D. 1946.J.269.

Combarnous et Galabert, note sous C.E., 23 décembre 1959, Jaouen, A.J.D.A. 1960. I.43 et Fournier, obs. sous C.E., 17 février 1958, Thorrand, A.J.D.A. 1958.II. 224.

Copper-Royer, note sous C.E., 17 juin 1955, « Ministre de l'Industrie et du Commerce », A.J.D.A., 1955.J.288.
— Note sous C.E., 20 janvier 1954, « Sté Gallot », A.J.D.A., 1955.II.322.
— Note sous C.E., 16 décembre 1956, Epoux Deltel, A.J.D.A., 1956.II.243.

Corneille, concl. sur C.E., 20 juin 1913, Téry, S. 1920.3.13.

Costa, rapport sur Cass. Crim., Dame Leroux, 21 décembre 1961, S. 1962.J.89.

Debbasch, note sous C.E., 8 janvier 1959, « Commissaire du gouvernement près l'Ordre des Experts-comptables », D. 1960.J.42.

— Note sous C.E., 22 novembre 1963, Louis de Polignac et autres, D. 194.J.161.
— Note sous C.E., 24 juin 1960, Sté S.A.R.L., « Le Monde », et Sté Frampar, S. 1960, p. 348.
— Note sous C.E., 6 novembre 1959, Pomar, D. 1960.J.468.
— Note sous C.E., 19 octobre 1962, Canal, J.C.P., 1963.II.13068.

Delpech, note sous C.E., 27 mai 1949, Véron-Reville, S. 1949.III.81.
— Note sous C.E., 11 janvier 1951, Préfet de la Seine, S. 1951.III.101.

Demichel, note sous T.C., 16 novembre 1964, Préfet du Lot-et-Garonne, c. Tribunal de Grande Instance d'Agen, Sieur Clément, c. Etat, D. 1965.J.669.

Delvolvé, concl. sur C.E., 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture, Dame Lamotte, R.D.P. 1950, pp. 478 et s.
— Concl. sur C.E., 4 avril 1952, « Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres », S. 1952.III.49.
— Concl sur C.E., 30 juin 1950, Quéralt, Dt Social, 1951, p. 246.
— Concl. sur C.E., 4 janvier 1952, Pourcelet, D. 1952.J.304.
— Concl. sur C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, S. 1951.III.74.
— Concl. sur T.C., 7 juin 1951, Dame Novalek, Rec. p. 637.
— Concl. sur C.E., 11 mai 1951, Baud, S. 1952.3.12.

Donnedieu de Vabres, concl. sur C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, R.D.P., 1953, p. 448.

Dutheillet de Lamothe, concl. sur C.E., 1er décembre 1961, Lacombe, D. 1962.J.89.

Drago, note sous C.E., 11 mai 1951, Baud, S. 1952.3.12.
— Note sous C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1956.J.757.
— Obs. sous C.E., 10 octobre 1962, Sté X..., A.J.D.A., 1963.II.156.
— Note sous C.E., Ass. 26 juin 1959, « Syndicat général des Ingénieurs-Conseils », S. 1959.J.203.

Eisenmann, note sous C.E., 22 octobre 1938, Dlle Minaire, D. 1938.J.49.
— Note sous C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, D. 1953.J.683.
— Note sous T.C., 27 mars 1952, Dame de la Murette, D. 1954.J.291.

Esmelin, note sous Cass. civ., 8 octobre 1957, D. 1958.J.317.
— Note sous Cour appel Paris, 2 février 1955, J.C.P., 1955.8619.
— Note sous Cass. civ., 23 novembre 1956, J.C.P., 1956.II.9681.

F.B., note sous C.E., 11 mars 1960, « Sté des travaux et carrières du Maine », D. 1960.J.433.

F.M., note sous C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, S. 1951.III.74.

Fournier, concl. sur C.E., 26 juin 1959, « Syndicat général des Ingénieurs-Conseils », R.D.P., 1959, p. 1018.

Fournier et Braibant, concl. sur Cass. civ., 23 novembre 1956, A.J., 1957.II.91.

Fournier et Combarnous, obs. sous C.E., 17 février 1958, Sté Thorrand, A.J.D.A., 1958.II.224.

Fournier et Braibant, note sous C.E., 14 mars 1956, Hubrin, A.J.D.A., 1956.II.222.

Fourré et Puybasset, chro. sous C.E., 12 décembre 1963, « Syndicat des praticiens de l'art dentaire », du département du Nord, A.J.D.A., 1964, p. 25.

Fourré, obs. sur C.E., 8 novembre 1963, Ministre de l'Agriculture c. « Sté coopérative d'insémination artificielle », A.J.D.A., 1964.I.28 et II.59.

Fréjaville, note sous T.C., 30 octobre 1947, Barinstein, J.C.P., 1947.II.3966.

Fromont, note sous C.E., 24 novembre 1961, « Fédération nationale des Syndicats de Police ».

G.N., note sous C.E., 20 novembre 1952, Klein, J.C.P., 1953.II.7346.

Gabolde, note sous C.E., 19 février 1965, Souris, D. 1965.J.219.

Galabert, obs. sous C.E., 5 octobre 1960, « Sté Anonyme des Ets Olier », A.J.D.A., 1960.II.380.

Galabert et Combarnous, obs. sous C.E., 23 décembre 1959, Jaouen, A.J.D.A., 1960.I.43.

Galabert et Gentot, obs. sous C.E., 23 mars 1962, Mast, A.J.D.A., 1962.289.
— Obs. sous C.E., 24 novembre 1961, « Electricité de Strasbourg », c. Schaub, A.J.D.A., 1962.II.18.

Galabert et Combarnous, C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet, A.J.D.A., 1960.I.143.

Galabert et Gentot, note sous C.E., 5 mars 1961, « Sté Aristide Quillet », A.J.D.A., 1961, p. 329.

du Garreau de Méchenie, note sous Cass. civ., 30 juillet 1946, S. 1949.I.29.

Gaudemet, note sous C.E., 14 mars 1956, Hubrin, R.P.D.A., 1956, p. 84.

Gazier, concl. sur C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, J.C.P., 1950.II.5681.

Gentot et Galabert, note sous C.E., 5 mai 1961, « Sté Aristide Quillet », A.J.D.A., 1961, p. 329.

Gentot et Galibert, note sous C.E., 24 novembre 1961, « Electricité de Strasbourg », c. Schaub, A.J.D.A., 1962.II.18.

Gentot et Galabert, obs. sous C.E., 23 mars 1962, Mast, A.J.D.A., 1962.II.289.

Georgel, note sous C.E., 26 juin 1959, « Syndicat général des Ingénieurs-Conseils », Rev. adm., 1959, p. 31.

Gour, note sous C.E., 24 juin 1960, « Sté Frampar » et S.A.R.L., « Le Monde », J.C.P., 1960.II.743.

Granjon (D.), note sous C.E., 16 octobre 1963, Dame Veuve Lastapis, D. 1964.J.90.

Grawitz, note sous T.C., 27 mars 1952, Dame de la Murette, S. 1952.3.81.

Grévisse, concl. sur C.E., 11 mars 1955, Ministre de l'Intérieur, c. Coulon, R.D.P., 1955, p. 995.

Guionin, concl. sur C.E., 21 octobre 1955, Dame Braud, D. 1956.J.139.
— Concl. sur C.E., 25 juillet 1952, Gingold, D. 1953.III, p. 327.

Goldner, concl. sur C.E., 7 juin 1957, « Préfet de la Gironde », A.J.D.A., 1957.II.365.

H.D., Note sous C.E., 7 avril 1865, de Madre, Rec. Mac., p. 410.

Hamon (L.), note sous C.E., 23 mars 1962, Mast, D. 1962.J.400.

Hauriou, note sous C.E., 8 décembre 1899, ville d'Avignon, S. 1900.3.73.
— Note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, S. 1909.III.145.
— Note sous C.E., 1er mars 1912, Tichit, S. 1913.III.137.
— Note sous C.E., 10 novembre 1916, Lassion, S. 1918.3.17.
— Note sous C.E., 27 février 1903, Zimmerman, S. 1905.3.17.
— Note sous C.E., 8 juillet 1904, Botta, S. 1905.3.81.

Hébraud, note sous C.E., ville de St-Dié, Rev. Trim. de Droit Civ., 1953, p. 278.

Henry, concl. sur C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, D. 1962.J.298.
— Concl. sur C.E., 11 janvier 1963, Rebeuf, Rec. p. 14.
— Concl. sur C.E., 11 mai 1962, Salan, R.D.P., 1962, p. 542.

Heumann, concl. sur C.E., 17 mai 1957, Simonnet, Rec. p. 316.
— Concl. sur C.E., 24 novembre 1961, « Electricité Strasbourg c. Schaub, R.D.P., 1962, p. 339.
— Concl. sur C.E., 8 mars 1963, Masetti, R.D.P., 1963, p. 288.
— Concl. sur C.E., 24 juin 1960, « Sté Frampar » et S.A.R.L. « Le Monde », R.D.P., 1960, p. 815.

Homont, note sous T.C., 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, J.C.P., 1956.II.6623.

J. (P.-L.), note sous C.E., 10 janvier 1930, Despujol, D. 1930.III.16.

J.D., obs. sous C.E., 7 février 1962, Epoux Parein, A.J.D.A., 1962.II.513.

J.P., note sous Cass. civ., 9 décembre 1952, J.C.P., 1953.II.7401.

J.G., note sous C.E., 24 juin 1949, Nègre, D. 1949.J.570.

J.B., note sous C.E., 2 mai 1947, Fauchon, de Grandmaison, Barety, J.C.P., 1947.3841.

Jacomet, concl. sur C.E., 4 mars 1955, Dame Veuve Sticotti, R.D.P., 1955, p. 735.

Jaegerschmidt, concl. sur C.E., 1er décembre 1899, ville d'Avignon, Rec. pp. 812 et s., S. 1900.3.73.
— Concl. sur C.E., 17 janvier 1896, Leroux de Bretagne, Rec. p. 51.

Jèze, note sous C.E., 4 février 1944, Guieysse, R.D.P., 1944, p. 58.
— Note sous C.E., 5 mai 1944, Trompier-Gravier, R.D.P., 1944, p. 256.
— Note sous C.E., 20 décembre 1935, « Etablissement Vézia », R.D.P., 1936, p. 118.
— Note sous C.E., 10 mars 1905, Demange, D. 1965, p. 359.

Josse, concl. sur C.E., 21 novembre 1930, S. 1931.III.36, Dame Benoit.

Kahn, concl. sur C.E., 5 décembre 1958, « Secrétaire d'Etat à l'Agriculture », A.J. D.A., 1959.II.57.
— Concl. sur C.E., 7 décembre 1956, Dame Veuve Loret, D. 1957.J.3.
— Concl. sur C.E., 12 février 1960, « Sté Eky », Rec. p. 102, S. 1960.131.

L.J., obs. sous C.E., 12 mai 1961, « Sté La Huta », A.J.D.A., 1962, p. 56.

Lagrange, concl. sur C.E., 22 octobre 1938, Dlle Minaire, D. 1938.J.49.

Lamarque, note sous Cass. crim., 29 mars 1962, Valais, J.C.P., 1962.II.12728 *bis*.

Landron, note sous C.E., 30 septembre 1955, Leroux, R.P.D.A., 1956.81.

Lasry, concl. sur C.E., 10 mai 1947, « Secrétaire d'Etat à la marine marchande », A.J.D.A., 1957.II.246.
— Concl. sur C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, R.D.P., 1957, p. 114.
— Concl. sur C.E., 23 décembre 1955, Lévy, D. 1956.J.27.

Latournerie, concl. sur C.E., 20 décembre 1935, « Etablissements Vézia », R.D.P., 1936, p. 118.
— Concl. sur C.E., 23 juillet 1937, Alitur, D. 1938.III.13.
— Concl. sous C.E., 3 juillet 1936, D. 1937.III.38.
— Concl. sous C.E., 6 novembre 1936, Arrighi, S. 1937.III.33.

de Laubadère, note sous C.E., 19 octobre 1962, Canal, A.J.D.A., 1962, p. 612.
— Note sous C.E., 19 octobre 1962, Brocas, A.J.D.A., 1962, p. 612.
— Note sous C.E., 11 mai 1953, Roffe, S. 1953.III.1.

Laurent, concl. sur C.E., 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1956.J.758.
— Concl. sur C.E., 17 juin 1955, Ministre de l'Industrie et du Commerce, A.J. D.A., 1955.J.288.
— Concl. sur C.E., 9 janvier 1957, Charmel, A.J.D.A., 1957.II.104.
— Concl. sur C.E., 16 décembre 1955, Epoux Deltel, D. 1956.J.44.

Lemoine, rapport sur Cass. civ., 23 novembre 1956, D. 1957.J.34.

Léonard, concl. sur C.E., 19 février 1943, Bugnet, Dt Social 1943, p. 173.

Letourneur, concl. sur C.E., 16 avril 1948, Laugier, S. 1948.3.36.
— Concl. sur C.E., 25 juin 1948, « Sté du Journal l'Aurore », S. 1948.III.69.
— Concl. sur C.E., 9 mars 1951, « Sté des Concerts du conservatoire », Dt Soc. 1951, p. 368.
— Concl. sur C.E., 28 mai 1954, Barel, Rec. p. 308, R.D.P., 1954, p. 509.

L'Huillier, note sous C.E., 2 février 1945, Moineau, S. 1946.3.9.
— Note sous C.E., 12 février 1960, « Sté Eky », D. 1960.J.263.

Liet-Veaux, note sous C.E., 28 octobre 1962, Canal, Rev. adm., 1962, p. 626.
— Note sous C.E., 20 avril 1956, « Ecole Professionnelle de dessin industriel », Rev. adm., 1956, p. 271.
— Note sous T.C., 27 mars 1952, Dame de la Murette, Rev. adm., 1952, p. 268.
— Note sous C.E., 20 novembre 1964, ville de Nanterre, Rev. adm., 1965, p. 31.
— Note sous C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Rev. adm., 1953, p. 265.

Long, concl. sur C.E., 20 avril 1956, « Ecole Professionnelle de dessin industriel », D. 1956.J.322.

— Concl. sur C.E., 20 avril 1950, « Sté Les Quatre frères », A.J.D.A., 1956.II.190.
— Note sous C.E., 9 juillet 1954, Cordelet, A.J.D.A., 1954.II.396.

Maestre (J. C.), note sous C.E., 8 novembre 1963, Ministre de l'Agriculture, c. Lacour, D. 1964.J.493.

Malaurie (Ph.), Note sous Cass. civ., 21 avril 1959, D. 1959.J.523.

Martin (R.), concl. sur C.E., 6 juillet 1950, « Ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme », Gaz. Pal., 1950.II.428.

Mathiot, note sous C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, S. 1953.3.33.

Mayras, concl. sur C.E., 23 décembre 1959, Gliksman, A.J.D.A., 1960.II.70, S. 1961.38.

Mestre, note sous T.C., 30 octobre 1947, Barinstein, S. 1948.3.1.
— Note sous C.E., 19 mai 1933, Benjamin, S. 1934.3.1.
— Note sous C.E., 6 novembre 1936, Arrighi, S. 1937.III.33.
— Note sous C.E., 24 juillet 1942, S. 1943.III.1.

Michel, concl. sur C.E., 19 mai 1933, Benjamin, S. 1934.3.1.

Mihura, note sous Cass. civ., 15 avril 1953, J.C.P., 1953.II.7617.

Morange, chr. sous C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, D. 1962, chr. 102.
— Note sous C.E., 7 février 1947, d'Aillières, J.C.P., 1947.II.3508.
— Note sous C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, D. 1962, chr. p. 109.
— Note sous C.E., 28 juillet 1944, Dame Contantin, D. 1945.J.163.
— Note sous C.E., 1943, Soulier, D. 1944.J.99.

Moreau (J.), note sous C.E., 8 mars 1963, Masetti, J.C.P., 1963.13268.
— Note sous C.E., 11 février 1957, Lam, Rev. adm., 1957, p. 137.

Odent, concl. sous C.E., 27 mai 1949, Véron-Reville, S. 1949.III.81.
— Concl. sur C.E., 7 février 1947, d'Aillières, R.D.P., 1947, p. 68.
— Concl. sur C.E., 26 octobre 1945, Mattei-Aramu, S. 1946.III, p. 1.

Petitdemange, concl. sur T.A. d'Oran, 7 décembre 1959, Gimenez et Sté des Lignes télégraphiques, A.J.D.A., 1960.II.31.

Poussière, concl. sur C.E., sieur X..., 19 octobre 1955, A.J.D.A., 1956.II.318.

Puybasset et Fourré, note sous C.E., 12 décembre 1963, « Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord », A.J.D.A., 1964, p. 25.
— Note sous C.E., 10 janvier 1964, « Ministre de l'Agriculture c. Simonnet », A.J.D.A., 1964.I.150 et II.164.
— Note sous C.E., 22 novembre 1963, Louis de Polignac et autres, A.J.D.A., 1964.I.23.

Quandalle, concl. sur T.A. Lille, 6 août 1961, Beague, A.J.D.A., 1962.II.118.

Quermonne, note C.E., 6 juillet 1956, « Le derahei départemental des Syndicats des exploitants agricoles du Sud-Ouest », D. 1958.J.178.

Questiaux, concl. sur C.E., 10 janvier 1964, « Ministre de l'Agriculture », c. « Simonnet », R.D.P., 1964, p. 459.

Rigaud, concl. sur C.E., 10 juillet 1964, « Centre Médico-pédagogique de Beaulieu », D. 1965.J.185.

Rivero, note sous C.E., 4 mai 1948, Conner, S. 1949.3.42.
— Note sous C.E., 9 mars 1951, « Sté des Concerts du conservatoire », D. 1951. J.368.

Rivet, concl. sur C.E., 7 novembre 1923, Couitéas, D. 1923.III.61.

Robert, obs. sur C.E., 23 janvier 1824, Petit-Colas, Rec. 51-52.

Romieu, concl. sur C.E., 31 juillet 1903, Picard, S. 1906.III.14.
— Concl. sur C.E., 8 juillet 1904, Butta, S. 1905.3.81.

Ronsard, note sous C.A. Orléans, 3 novembre 1943, D. 1947.J.17.

Ségalat, concl. sous C.E., 31 juillet 1942, Monpeurt, D. 1942.J.138.

de Soto, note sous C.E., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, D. 1945.J.110.

— Note sous C.E., 4 février 1944, Vernon, Rec. Penant 1947, p. 35.
— Note sous C.E., 12 décembre 1953, de Bayo, A.J.D.A., 1954.II.138.

Tardieu, concl. sous C.E., 7 août 1909, Winkell, S. 1909.III.145.

Teitgen, note sous C.E., 5 mai 1961, « Sté Librairie Aristide Quillet », Dt Soc. 1961, p. 393.

Tourdas, note sous C.E., 29 juin 1962, Sté X..., J.C.P., 1963.II.13026.

Tricot, concl. sur C.E. Brunet, 31 janvier 1958, R.D.P., 1958, p. 752.

Tunc, note sous C.A., Paris 25 avril 1945, D. 1946.J.190.

Vavasseur de Précourt (Le), concl. sur C.E., 13 avril 1881, Bansais, Rec., p. 432.
— Concl. sur C.E., 3 août 1883, Ravenau, c. Le maire de Rennes, Rec. p. 725.
— Ville de Paris, c. Cie parisienne du gaz, Rec. p. 445.

Vedel, note sous C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, J.C.P., 1953.II.7598.
— Note sous T.C., 27 novembre 1952, « Préfet de la Guyane », J.C.P., 1958.II. 758.
— Note sous Trib. civil Seine, J.C.P., 1953.II.7371.
— Note sous C.E., 12 février 1960, « Sté Eky », J.C.P., 1960.II.11629 *bis*.

Vismard, note sous Cass. civ., 13 mai 1958, J.C.P., 1958.II.10398.

Waline, note sous C.E., 7 février 1947, d'Aillières, R.D.P., 1947, p. 68.
— Note sous C.E., 17 février 1950, Ministère de l'Agriculture c. Dame Lamotte, R.D.P., 1950, pp. 478 et s.
— Note sous Dehaene, R.D.P., 1950, p. 691.
— Note sous C.E., 13 mai 1949, Couvrat, D. 1950, p. 77.
— Note sous C.E., 16 décembre 1955, Deltel, R.D.P., 1956, p. 150.
— Note sous C.E., 4 décembre 1959, Geoffroy, R.D.P., 1960, p. 132.
— Note sous T.C., 30 octobre 1947, Barinstein, R.D.P., 1948, p. 86.
— Note sous C.E., 2 janvier 1955, Andria Misera, R.D.P., 1955, p. 709.
— Note sous C.E., 10 janvier 1964, « Ministre de l'Agriculture c. Simonnet », R.D.P., 1964, p. 455.
— Note sous T.C., 27 mars 1952, Dame de la Murette, R.D.P., 1952, p. 757.
— Note sous C.E., 10 octobre 1954, Ministre des Finances c. Crédit Coopératif foncier, R.D.P., 1955, p. 377.
— Note sous C.E., 5 mars 1954, « Banque alsacienne privée », R.D.P., 1954, p. 805.
— Note sous C.E., 29 mars 1957, « Conseil National de l'Ordre des chirurgiens dentistes », R.D.P., 1957, pp. 1065-1068.
— Note sous C.E., 1er avril 1955, Delarue, R.D.P., 1955, p. 986.
— Note sous Cass. civ., 4 janvier 1954, R.D.P., 1954, p. 1058.
— Note sous C.E., 29 novembre 1958, Blondet, R.D.P., 1959, p. 982.

Table des Matières

INTRODUCTION 1

Section I. — Remarques sur la notion de principe général de procédure . 3

§ 1. Eléments d'une définition du principe général de procédure 3

§ 2. L'originalité du principe général de procédure par rapport aux notions voisines 7

Section II. — Remarques sur la procédure contentieuse et les juridictions administratives 8

§ 1. Définition de la procédure administrative contentieuse 9

A. — Les éléments constitutifs de la procédure contentieuse 10

B. — Remarques sur les sources de la procédure administrative contentieuse 12

§ 2. La transformation des caractères de la procédure administrative sous l'influence des principes généraux 14

A. — Les caractères classiques de la procédure administrative contentieuse 15

B. — Les insuffisances du pouvoir inquisitorial du juge administratif 16

C. — L'apparition du caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse sous l'influence des principes généraux 17

D. — Les caractères actuels de la procédure administrative 19

§ 3. Remarques sur les juridictions administratives secondaires 20

A. — La diversité des juridictions administratives 20

B. — L'inorganisation procédurale des juridictions administratives secondaires 23

Section III. — Le développement historique des principes généraux de procédure 26

§ 1. L'apparition des principes généraux de procédure face aux défauts de la procédure administrative contentieuse 26

A. — Les bases des principes généraux 27

B. — L'indétermination de la notion de principe général 29

§ 2. Les principes généraux de procédure, moyen de contrôle du Conseil d'Etat sur les juridictions administratives (1918-1944) 32

A. — La multiplication des juridictions administratives 32
B. — La censure du Conseil d'Etat 33
C. — L'indifférence de la doctrine face au développement des principes généraux de procédure 34
§ 3. Les principes généraux de procédure contre les autorités législatives et réglementaires (1944-1961) 34
A. — Les causes du développement des principes 35
B. — Les manifestations du développement des principes généraux de procédure 36
§ 4. L'affermissement des principes généraux de procédure (depuis 1961) 40
A. — La consécration des principes généraux de procédure : L'arrêt « Sté La Huta » 41
B. — Les principes généraux de procédure face au législateur 42

Première Partie

RECHERCHE DE LA NOTION DE PRINCIPE GENERAL DE PROCEDURE

CHAPITRE PREMIER. — *La genèse des principes généraux de procédure : leur création par le juge administratif* 47

Section préliminaire. — Les données du problème 49
§ 1. « Application » ou « élaboration » des principes en dehors de tout texte ? 49
§ 2. Les principes généraux de procédure et les « lacunes » du droit .. 52

Section I. — Les explications doctrinales de la genèse des principes généraux de procédure 55
§ 1. La position de la doctrine 55
A. — Le déterminisme des « principes supérieurs » : Hauriou .. 56
B. — Les principes naturels : le doyen Jeanneau 58
C. — L'éclectisme des principes généraux : M. Rivero 60
§ 2. Critique des explications doctrinales 62
A. — La confusion entre le fondement et l'élaboration des principes généraux du droit et de la procédure 63
B. — La généralité des distinctions proposées 66

Section II. — L'élaboration technique des principes généraux de procédure : La réception de règles juridiques préexistantes 68

Sous-Section I. — Le développement des règles juridiques écrites par les principes généraux de procédure 69
§ 1. Le principe général de procédure et la généralisation d'une législation partielle 69
§ 2. Le principe général de procédure et l'interprétation de l'esprit d'une législation générale 75
A. — La présomption d'application de certains textes 75
B. — La portée de la présomption d'application de certains textes 76
§ 3. Le principe général de procédure et la transposition d'une technique étrangère à la procédure administrative contentieuse 78
A. — Les emprunts au droit judiciaire privé 79

I. L'autonomie de la procédure administrative : La jurisdence Desreumeaux 79
II. Les différentes techniques de réception des règles de procédure civile par les principes généraux de procédure . 83
B. — Les emprunts aux procédures disciplinaires et d'épuration .. 89

Sous-Section II. — Le rôle subsidiaire des règles non écrites dans l'élaboration des principes généraux de procédure 91

§ 1. Le rôle de la coutume dans l'élaboration des principes généraux de procédure 92
I. La coutume dans les différentes branches du droit 93
II. L'inexistence de la coutume administrative 95

§ 2. Le rôle des principes généraux de droit dans l'élaboration des principes généraux de procédure 96

Section III. — La fonction créatrice du juge administratif dans la genèse des principes généraux de procédure 97

Sous-Section I. — L'*opinio juris* dans l'élaboration des principes généraux de procédure 98

§ 1. Les éléments constitutifs de l'*opinio juris :* la vision du droit et des institutions 99
A. — « La nature des choses » 100
B. — La conscience nationale 101

§ 2. La vision du droit, fondement des principes généraux de procédure. 103
A. — Fondement des principes généraux de procédure et droit positif 103
B. — Le fondement des principes généraux de procédure et le droit naturel 104

Sous-Section I. — Réflexions sur le rôle créateur du juge dans la genèse des principes généraux de procédure 106

§ 1. La nature du pouvoir créateur du juge 106
A. — La liberté du juge dans l'appréciation de la conscience nationale et de la nature des choses 107
B. — La liberté du juge d'élever une règle juridique au rang de principe 109
C. — L'autonomie du pouvoir de création du juge administratif. 111

§ 2. Le principe général de procédure, résultat d'une création unique ou d'une évolution créatrice ? 112
A. — Les décisions uniques 112
B. — Les décisions multiples 114

CHAPITRE II. — *La valeur juridique des principes généraux de procédure* 115

Section I. — La supériorité des principes généraux de procédure sur les actes administratifs unilatéraux 116

§ 1. Les actes réglementaires d'exécution et les principes généraux de procédure 117

§ 2. Le pouvoir réglementaire autonome et les principes généraux de procédure 120
A. — Le caractère réglementaire de la procédure administrative contentieuse 120

B. — La soumission des règlements de l'article 37 aux principes généraux de procédure 121

§ 3. Les ordonnances et les principes généraux de procédure 123

Section II. — Les conflits entre la loi et les principes généraux de procédure 127

§ 1. La primauté théorique de la loi écrite sur les autres sources du droit 127

A. — Le principe de la primauté de la loi écrite 128

B. — Le corollaire du principe : Le rôle d'application des tribunaux 128

§ 2. Remarques sur la pluralité législative 129

§ 3. L'insertion des principes généraux de la procédure dans la diversité législative 131

A. — L'égalité du principe général de procédure et de la loi 130

B. — La portée des principes généraux de la procédure face à la loi écrite 135

I. L'interprétation extensive d'une loi à la lumière d'un principe général de procédure 136

II. L'interprétation restrictive ou l'effacement d'une loi réputée obscure face à un principe général de procédure 137

a) Exemples de textes qui se sont effacés devant un principe général de procédure 141

b) Remarques sur les textes qui se sont effacés devant un principe général de procédure 141

III. La soumission des principes généraux de la procédure aux lois claires et à la volonté manifeste du législateur 141

a) Le pouvoir souverain du législateur de déroger à un principe général 141

b) Les obligations du législateur 141

Section III. — La soumission des principes généraux de procédure aux règles constitutionnelles 146

§ 1. Exposé des théories supra-législatives 146

§ 2. Critique des thèses supra-législatives 149

A. — L'imprécision des théories supra-législatives 150

B. — L'inutilité des théories supra-législatives 150

C. — L'inefficacité des théories supra-législatives 153

CHAPITRE III. — *La notion de principe général de procédure* 156

Section I. — La comparaison entre les principes généraux de procédure et les autres règles du droit positif 157

Sous-Section I. — Le principe général de procédure et les autres règles non écrites du droit 158

§ 1. Comparaison entre le principe général de procédure administrative et les principes généraux du droit et de la procédure civile 158

A. — La méthode d'élaboration et d'application des différents principes 159

B. — Principes parallèles et complémentaires 160

§ 2. Les principes généraux de la procédure et les principes généraux du droit public 162

A. — Le développement parallèle des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure 163

B. — L'élaboration des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure 163
C. — Les caractères spécifiques des principes généraux du droit et des principes généraux de procédure 164
a) Spécialisation des principes généraux de procédure et généralité des principes généraux du droit 164
§ 3. Les principes généraux de procédure et les règles générales de procédure 169
A. — La notion de la règle générale de procédure 170
B. — Comparaison entre les règles générales et les principes généraux de procédure 175
§ 4. Les principes généraux de procédure et la coutume procédurale .. 178
§ 5. Les principes généraux de la procédure et les autres règles jurisprudentielles 179
A. — La notion de règle jurisprudentielle 180
B. — Le caractère normatif variable de chaque élément de la règle jurisprudentielle 181
Sous-Section II. — Les principes généraux de la procédure et la règle écrite 182
A. — L'incompatibilité entre le dogme de la loi formelle et l'existence des principes généraux 183
B. — Les critères de la loi matérielle et les principes généraux .. 184
Section II. — La définition des principes généraux de la procédure 186
§ 1. Exposé et critique du critère formel 187
I. L'imprécision du critère formel 187
II. Le caractère restrictif du critère formel 187
§ 2. Le critère matériel ou logique du principe général de procédure . 191
A. — Le principe général de procédure est induit par le juge à partir de textes préexistants 192
B. — La règle créée à valeur législative 193
C. — Les principes généraux dominent l'organisation procédurale et sont applicables par toutes les juridictions administratives. 193

Deuxième Partie

ETUDE ANALYTIQUE DES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE

Titre Premier

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A L'ACTION

..... 199

Chapitre premier. — *L'inexistence d'un principe général du recours de pleine juridiction* 201
Section I. — Le développement historique du plein contentieux 202
Section II. — Droit à l'action et recours de plein contentieux 203
§ 1. Fonction respective de la demande et de l'action dans le recours de plein contentieux 203

§ 2. Les limites des recours de plein contentieux 205

Section III. — L'abondance législative 206

CHAPITRE II. — *Le principe du recours pour excès de pouvoir* 209

A. — Le juge judiciaire et le contrôle de la légalité 209

B. — Le développement du principe du recours en excès de pouvoir dans le contentieux administratif 211

Section I. — Les arrêts Lamotte et Falco et Vidaillac et la base du principe du recours pour excès de pouvoir 212

§ 1. Les faits et les conclusions des commissaires du gouvernement 213

A. — L'affaire dame Lamotte et les conclusions de M. Delvolvé .. 213

B. — L'affaire Falco et Vidaillac et les conclusions Donnedieu de Vabres 216

§ 2. La base juridique des arrêts dame Lamotte et Falco-Vidaillac et du principe du recours en excès de pouvoir 219

A. — Le principe général de procédure : le recours pour excès de pouvoir est un recours de droit commun 219

B. — Le principe du recours en excès de pouvoir permet l'application du principe de légalité 220

Section II. — La portée du principe du recours pour excès de pouvoir .. 222

§ 1. Le recours pour excès de pouvoir. Recours de droit commun en l'absence de texte précis 223

A. — Les données du problème 223

I. L'acte administratif pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en vertu de la jurisprudence Lamotte 223

a) Le principe du recours pour excès de pouvoir ne modifie pas le critère de l'acte susceptible d'être attaqué 224

b) Le principe du recours pour excès de pouvoir facilite la qualification d'acte administratif 226

II. L'absence de texte exprès 226

B. — Le recours pour excès de pouvoir et les « décisions » présidentielles à caractère réglementaire 229

a) Nature des décisions présidentielles 229

b) Le silence du constituant et les principes du recours en excès de pouvoir 230

C. — Le recours pour excès de pouvoir et le changement des circonstances 231

a) Le principe du changement de circonstance : l'arrêt Despujol 232

b) L'extension du droit à l'action en cas de changement de circonstances : l'arrêt Simmonet 232

§ 2. Le recours pour excès de pouvoir. Recours de droit commun malgré un texte apparemment contraire 235

A. — L'exégèse des textes 235

B. — Le domaine d'intervention de la législation 237

§ 3. Le recours pour excès de pouvoir peut toujours être précédé d'un recours administratif préalable 239

A. — Recours administratif préalable et droit à l'action 239

B. — Les caractères généraux du recours administratif préalable .. 240
C. — Les limites du recours administratif préalable 242

Section III. — Les limites du recours pour excès de pouvoir. Principe général de procédure 243
§ 1. La volonté expresse du législateur et la volonté du Constituant .. 243
A. — Le rejet du recours pour excès de pouvoir par le législateur . 243
B. — La volonté du Constituant 245
§ 2. L'existence d'un recours parallèle 246
A. — La primauté du recours pour excès de pouvoir sur les autres recours contentieux 246
B. — Les qualités du recours parallèle 247
C. — L'exemple du contentieux électoral 248
§ 3. Les actes de gouvernement et le principe du recours pour excès de pouvoir 249
A. — Les théories explicatives des actes du gouvernement et le principe de la légalité 249
B. — Le principe de légalité et la restriction des actes de gouvernement 251
§ 4. Les actes concernant l'exercice de la mission judiciaire 253
A. — Le principe du non-contrôle de la légalité des actes concernant la mission judiciaire 255
B. — Le contrôle de la légalité de certains actes concernant la mission judiciaire 258

TITRE II

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A L'INSTANCE 261

SOUS-TITRE PREMIER

Les principes généraux de procédure consacrant les diverses voies de recours 263

LIVRE PREMIER

Les principes généraux de procédure consacrant les voies de réformation 265

CHAPITRE PREMIER. — *Les principes généraux de l'appel* 267

Section I. — L'appel, voie de recours de droit commun contre les décisions des juridictions du premier degré 269
§ 1. Le principe du double degré de juridiction existe en dehors de tout texte précis 270
A. — L'embarras doctrinal 270
B. — Les insuffisances législatives 272
§ 2. La consécration jurisprudentielle du principe du droit d'appel 274
A. — La nature du droit d'appel 275
B. — Le caractère d'ordre public du double degré de juridiction .. 277

§ 3. La portée du principe du double degré de juridiction 279
A. — Seul un acte législatif peut porter atteinte au double degré de juridiction 279
B. — Nullité des renonciations au double degré de juridiction .. 281
C. — L'établissement conventionnel du double degré de juridiction 286

Section II. — Les principes généraux de procédure régissant l'application du droit d'appel 290

Sous-Section I. — Les conditions d'exercice de l'appel 291
§ 1. Les décisions susceptibles d'appel en vertu des principes généraux de procédure 291
A. — L'appel contre les jugements définitifs et avant-dire droit .. 291
B. — Le principe de la recevabilité de l'appel contre les décisions d'arbitrage 294
§ 2. Le principe général selon lequel l'appel est ouvert à toute personne en cause dans l'instance 295
A. — L'affirmation du principe : L'arrêt « Sté Fontaine et Vaillant » 295
B. — La détermination des personnes en cause par les règles générales de procédure 296

Sous-Section II. — Les règles et principes généraux qui déterminent l'étendue des pouvoirs du juge d'appel 299
§ 1. Les pouvoirs du juge sur les parties 300
§ 2. Les pouvoirs du juge sur l'étendue du litige 301
A. — Le principe de l'effet dévolutif de l'appel 302
B. — La règle de l'évocation 304

Sous-Section III. — Le principe de l'effet non ssupensif de l'appel 307

CHAPITRE II. — *Les principes généraux du recours en cassation* 309

Section II. — Le recours en cassation. Principe général de procédure innomé avant l'arrêt d'Aillières 311
§ 1. La base législative du recours en cassation 312
§ 2. L'interprétation doctrinale du recours en cassation 314
§ 3. La position jurisprudentielle 316

Section II. — La consécration du principe : Le recours en cassation, recours de droit commun. L'arrêt d'Aillières 7 février 1947 320
§ 1. Le recours en cassation, recours du droit commun dans le silence des textes particuliers 321
A. — La confirmation de la jurisprudence traditionnelle 321
B. — Le caractère de droit commun du recours en cassation 323
§ 2. Le recours en cassation contre les décisions « sans recours » 324
§ 3. Les limites apportées au principe du recours en cassation 325
A. — Les conceptions législatives et constitutionnelles au recours en cassation 326
B. — Les commissions de cassation administratives 327
I. Les commissions spéciales de cassation 327
II. Les commissions d'arbitrage 329

Section III. — Le recours en cassation et les autres voies de recours 331
§ 1. Recours en cassation et double degré de juridiction 331
§ 2. L'opposition et la tierce-opposition 333
A. — L'opposition et le recours en cassation 333
B. — La tierce-opposition et le recours en cassation 334
§ 3. Le caractère cumulatif du recours en révision et du recours en cassation 335

LIVRE 2

Les principes généraux de procédure consacrant les voies de rétractation.

CHAPITRE PREMIER. — *Les principes de l'opposition et de la tierce-opposition* .. 339

Section I. — Le principe général de l'opposition 340
§ 1. L'opposition, principe général de procédure avant le décret du 10 avril 1959 341
A. — L'opposition est applicable devant toutes les juridictions administratives 340
B. — L'opposition est applicable dans le silence des textes précis .. 341
C. — L'autonomie de l'opposition administrative 342
§ 2. Les effets du décret du 10 avril 1959 sur le principe général de l'opposition 344
A. — La limitation du principe de l'opposition 345
B. — L'opportunité de la réforme par voie réglementaire 345
§ 3. Les conditions d'application de l'opposition devant les juridictions administratives 346

Section II. — La tierce-opposition 348
§ 1. La tierce-opposition, voie de rétractation devant toutes les juridictions 349
§ 2. La tierce-opposition est ouverte aux tiers lésés contre toutes les décisions juridictionnelles 350
A. — La tierce-opposition et l'autorité absolue de la chose jugée .. 350
B. — Les conditions de recevabilité de la tierce-opposition 352
§ 3. La tierce-opposition est un principe général de procédure 354

CHAPITRE II. — *Le recours en rectification d'erreur matérielle* 357

Section I. — L'admission du recours en rectification d'erreur matérielle en dehors de tout texte exprès 358
§ 1. L'admission du recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil d'Etat 358
§ 2. L'extension du recours en rectification d'erreur matérielle à toutes les juridictions administratives statuant en dernier ressort 359

Section II. — Le recours en rectification d'erreur matérielle, règle ou principe général de procédure ? 360
§ 1. Le recours en rectification d'erreur matérielle est recevable malgré un texte contraire 361

§ 2. Le recours en rectification d'erreur matérielle et le Code de Procédure civile (art. 48, al. 7) 361
A. — Le rejet progressif du Code de Procédure civile 362
B. — Les conditions tenant à l'erreur 363

SOUS-TITRE II

Le principe du respect des droits de la défense 365

CHAPITRE PREMIER. — *Droits de la défense et principe du caractère contradictoire de la procédure* 369
§ 1. L'évolution des garanties offertes au justiciable 369
A. — L'absorption totale du caractère contradictoire de la procédure par les droits de la défense (1824-1947) 370
B. — L'éclatement des droits de la défense et l'apparition du principe du caractère contradictoire de la procédure (depuis 1947) 374
§ 2. Les rapports entre les droits de la défense et le principe du caractère contradictoire de la procédure 376
A. — Les conceptions formalistes 377
B. — L'interprétation fonctionnelle ou la spécialisation des droits de la défense et du principe du contradictoire 379
C. — La conception finaliste des droits 380
§ 3. Structure générale des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure 381
A. — Les bénéficiaires des garanties de l'instance 381
B. — L'étendue de la garantie offerte aux « personnes intéressées » par les droits de la défense 384
I. La conception large des droits de la défense 385
II. Le critère restrictif des droits de la défense 386
C. — Définition et énumération des droits de la défense 387

CHAPITRE II. — *Etudes des différents droits de la défense* 391
§ 1. Le droit des parties à être informées de l'existence d'une procédure contentieuse 392
A. — Le droit des parties d'être informées de l'existence et du déroulement d'une procédure 392
I. La règle de la décision préalable 393
II. Le principe général de la mise en cause des parties par le juge 394
B. — Le droit des parties d'être avisées du déroulement de l'instruction 397
I. Mesures dont les parties doivent être avisées par le juge . 398
II. La souplesse de l'information : le principe de l'arrêt « Sté des Travaux et carrières du Maine » 406
a) Le droit des parties d'être informées de tout fait nouveau 406
b) La souplesse des délais et des modalités d'avertissement 410
§ 2. Le droit des parties de produire tous documents et de présenter toutes observations utiles à leur défense 412
A. — Le droit des parties à présenter toutes pièces utiles à leur défense en cours d'instruction 413

I. Les documents utiles à la défense 414
a) Notion de document utile et hiérarchie des procédés de preuve 414
b) La non-limitation du nombre des documents : C.E. 12 février 1958, Kouch 417
c) Les limites apportées à la production des documents utiles 418
II. Les conclusions reconventionnelles 419
III. Le délai de production à l'instance des documents utiles. 420
B. — Le droit des parties à se faire entendre au cours de l'audience de jugement 422
I. Le droit des parties de se présenter ou de se faire représenter à l'audience 423
a) Le principe de la libre représentation des parties 424
b) Le droit des parties de se présenter à l'audience 428
II. Le contenu et la valeur juridique des observations orales 429
§ 3. L'obligation du juge d'instruire contradictoirement l'affaire 432
A. — La transmission aux parties de tous les éléments de l'instruction 434
I. L'obligation du juge de communiquer les éléments de l'instruction 434
II. La portée de l'obligation du juge 436
III. Les exceptions à la communication de documents 437
a) La communication des secrets de la défense nationale 437
b) La communication des informations couvertes par le secret professionnel 439
c) Les secrets fiscaux 441
B. — L'obligation du juge d'ordonner toute mesure nécessaire à la découverte de la vérité 441
I. Les mesures d'instruction générales 442
a) Nature de l'expertise et de l'enquête 442
b) Caractères particuliers de l'expertise 443
c) Caractères particuliers de l'enquête 445
d) Les limites de l'expertise et de l'enquête 447
II. Les incidents relatifs à la preuve écrite 448
a) L'inscription de faux 448
b) La vérification d'écritures 450
C. — L'obligation du juge de procéder à une instruction complète. 451
I. La notion d'instruction complète 451
II. Les sanctions de l'obligation du juge 452
III. La clôture de l'instruction 452

TITRE III

LES PRINCIPES GENERAUX DE PROCEDURE RELATIFS A LA JURIDICTION 457

CHAPITRE PREMIER. — *L'obligation du juge d'épuiser son pouvoir juridictionnel* 459

Section I. — Le principe général de l'obligation faite au juge de statuer . 461
A. — La double formulation jurisprudentielle du principe de l'obligation faite au juge de statuer 462

I. L'arrêt Dame Veuve Valat 462
II. L'arrêt Balaguer 463
B. — La raison d'être du principe 465

Section II. — Les conséquences découlant du principe de l'obligation faite au juge de statuer 467

§ 1. L'obligation du juge de statuer dans le cadre du litige 467
A. — La règle d'après laquelle le juge a l'obligation de statuer sur tous les points de droit qui lui sont soumis 467
B. — Le juge ne peut statuer que sur les conclusions des parties. 469

§ 2. L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles 471
A. — La nécessité d'une motivation 472
B. — L'étendue de la motivation 472

CHAPITRE II. — *Les principes généraux assurant l'impartialité de la juridiction* 475

Section I. — Les procédures de récusation et le renvoi pour cause de suspicion légitime 476

§ 1. Le principe de la récusation des juges administratifs 476
A. — La récusation en dehors de tout texte précis 477
B. — Les procédures de récusation des juges 478
C. — Les cas de récusation d'un juge administratif 480

§ 2. Le renvoi pour cause de suspicion légitime 481
A. — L'histoire du renvoi pour cause de suspicion légitime 481
B. — La mise en œuvre du renvoi pour cause de suspicion légitime 482

Section II. — Le principe du secret des délibérations 483

CHAPITRE III. — *Les principes généraux de procédure relatifs à la composition des juridictions administratives* 487

Section I. — L'unité de la juridiction d'instruction et de jugement 488
A. — La composition de l'organe d'instruction 489
B. — La structure de l'organe d'instruction et les droits de la défense 490
C. — Organe d'instruction et de jugement 491

Section II. — L'unité de l'organe de débat et de délibération 491

§ 1. L'identité physique des membres composant l'organe de débat et de délibéré 492

§ 2. Le principe de l'unité juridictionnelle en cas de composition incomplète de l'organe de jugement 493
A. — Les règles du quorum majoritaire 493
B. — La non-existence d'un principe de l'imparité 495

CONCLUSION GÉNÉRALE 496

BIBLIOGRAPHIE 503

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1175
Dépôt légal : 3e Trimestre 1967

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 217 12-9-67